

## Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

ein bisschen klammheimlich hat der Herausgeber erstmals seit 1991 eine auf Dauer geplante Unterstützung erhalten. Wie bereits dem Impressum von Heft 3/2004 zu entnehmen war, wird Rechtsanwalt Roland Gross aus Leipzig als Redakteur an den AE mitarbeiten. Ein großer Teil der in diesem Heft veröffentlichten Entscheidungen sind diesmal von ihm bearbeitet worden. Dazu gehören natürlich auch die Anmerkungen, die zukünftig mit *(me)* wie Meier oder *(gr)* wie Gross gekennzeichnet sein werden.

Hervorheben möchten wir diesmal zunächst die Entscheidungen Nr. 374 und 375 zum Teilzeitgesetz. Dieses Gesetz hat bekanntlich eine erhebliche Entwicklungszeit benötigt, bis es sich in der Praxis nennenswert bemerkbar gemacht hat. War das bisher vor allem die Arbeitszeitreduzierung, nehmen jetzt die Fälle der Forderung nach Arbeitszeitaufstockung zu und hier zumeist die, in denen sich der Arbeitgeber mangels Berücksichtigung von Teilzeitbewerbern für Vollzeitstellen Schadenersatzansprüchen aussetzt.

Der Fall Nr. 385 befasst sich mit der unvorhergesehenen Auswirkung einer Standardformulierung aus Arbeitsverträgen, wonach die Angaben aus dem Bewerbungsbogen Vertragsbestandteil sind. In dem entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer auf entsprechende Frage im Bewerbungsbogen seine Wunscharbeitszeiten angegeben. Mangels abweichender Regelung in dem dann geschlossenen Arbeitsvertrag durfte er deshalb nach Auffassung des LAG Köln auch nur zu diesen Zeiten beschäftigt werden.

Im Fall Nr. 386 hat sich wieder einmal die Janusköpfigkeit von Versetzungsklauseln bzw. ihrem Fehlen erwiesen. Fehlende Versetzungsklauseln schützen den Arbeitnehmer zwar davor, ggf. nahezu beliebig (natürlich im Rahmen des Direktionsrechts) hin und her versetzt und mit neuen Arbeitsaufgaben betraut zu werden. Diese zu Lasten des Arbeitgebers gehende mangelnde Flexibilität befreit den Arbeitgeber andererseits von einer ausufernden Sozialauswahl im Falle betriebsbedingter Kündigungen, wie das Landesarbeitsgericht Nürnberg bestätigt hat.

Schließlich eine weitere Standardformulierung mit überraschender Auslegung, der Fall Nr. 392 (nicht rechtskräftig). Die Parteien eines Kündigungsrechtsstreits hatten sich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geeinigt, verbunden mit der üblichen Regelung, der Arbeitnehmer werde bis zur rechtlichen Beendigung unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt. Diese vielleicht aus dem Standardtext des Arbeitsgerichts stammende Formulierung schloss der Arbeitgeber in der festen Überzeugung ab, dass sie ihm keine Zahlungspflichten auferlegen würde, denn der Kläger war wegen andauernder Arbeitsunfähigkeit bereits seit längerem ohne Entgeltfortzahlungsanspruch und ein Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht abzusehen. Genau das wurde dem Arbeitgeber zum Verhängnis. Das Arbeitsgericht Gießen war der Meinung, gerade wenn das so sei, würde die Vergleichsvereinbarung nur dann einen Sinn haben, wenn sie einen ansonsten nicht bestehenden Vergütungsanspruch begründen sollte. Unabhängig von dem Ausgang des laufenden Berufungsverfahrens empfiehlt es sich also, in derartigen Vergleichen zu ergänzen, dass die Vergütungspflicht nur dann bestehen soll, wenn sie auch ohne die Freistellungsvereinbarung bestünde.

Mit diesem Heft legt Ihnen die Redaktion nicht nur einen umfangreichen Entscheidungsteil sozusagen auf den Gabentisch sondern auch zwei wichtige Beiträge. Der Aufsatz von Eylert/Schinz macht deutlich, dass die Reform des Kündigungsschutzrechts entgegen manch kleinlicher Kritik recht bedeutende Änderungen mit sich bringt. Der Beitrag zum Antidiskriminierungsgesetz soll auf eine neue Rechtslage aufmerksam machen, die mittelfristig das Arbeitsrecht in Deutschland wesentlich beeinflussen wird. Trotz der weitgehenden Öffnung für nicht anwaltliche Beratungs-Dienstleister eröffnet sich hier ein „weites Feld“ für anwaltliche Tätigkeit.

Im übrigen gilt wie immer zu den Beiträgen und Entscheidungen in AE: Mögen sie nützen!

Berlin, November 2004

Ihr  
Dr. Hans-Georg Meier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



## Liste der AE-Einsender

AE kann ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir nennen daher hier regelmäßig mit Dank und Lob diejenigen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

### Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

Gross Mansholt	Roland Werner	Leipzig Darmstadt
-------------------	------------------	----------------------

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Neef, Dr. Tschöpe, Dr. Puhr-Westerheide Zeißig, Dr. Berrisch	Klaus Ulrich Christian Rolf Hansjörg	Hannover Gütersloh Duisburg Berlin Gießen
--	--	---

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Kelber, Dr. Bauer Weber Hilligus Schrader, Dr. Schaefer Müller-Wiechards	Markus Dietmar Axel Kurt-Jörg Peter Rolf Wolfram	Berlin Wiehl Frankfurt/M. Neustadt i.Holst. Hannover Hannover Lübeck
--	--	--

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Schmalenberg, Dr. Schulz Behrens Hennige, Dr. Brötzmann, Dr. Faecks Theissen-Graf Schweinitz Zirnbauer Jung Böse Crämer Gehrmann Kern Kunzmann, Dr. Thieme Fischer Eckert, Dr. Hertwig, Dr. Meier, Dr. Richter Rütte Krutzki Pütter, Dr. Lodzki Schramm Schäfer Matissek Dr. Seidemann Pouyadou, Dr. Müller-Knapp Herbert, Dr. Straub, Dr. Thiele Zahn Grimm, Dr.	Werner Georg R. Walter Susanne Ulrich Friedhelm Ingo Ulrich Nikolaus Rainer Eckart Dietrich Jan H. Walter Hans Ulrich Helmut Volker Hans-Georg Klaus Klemens Gottfried Albrecht Michael Joachim Dieter Reinhard Gisbert Richard M. Klaus Ulrich Dieter Volker Thomas Detlev	Bremen München Hamburg Gütersloh Mainz Marburg Hagen Nürnberg Oberursel Essen Dortmund Aachen Hamburg Euskirchen Frankfurt/M. Frankfurt/M. Offenbach Bremen Berlin Bremen Hamm Frankfurt/M. Flensburg Darmstadt Lübbecke Essen Kaiserslautern Berlin Augsburg Hamburg Coburg München Düren Berlin Köln
---	---	--

# Das neue Kündigungsrecht 2004

Dr. Mario Eylert, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

Reinhard Schinz, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, Potsdam

## Auswirkungen auf die betriebliche und arbeitsgerichtliche Praxis (Teil I)

### A. Einleitung

Nach einem turbulenten Gesetzgebungsverfahren gilt seit dem 1. Januar 2004 in Teilen ein neues Kündigungsrecht (Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 – BGBl I, 3002). Von den ambitionierten Ankündigungen und Vorhaben in Politik und Wissenschaft ist wenig übrig geblieben (so die treffende Einschätzung von *Preis*, DB 2004,70). Die kündigungsrechtlichen Neuregelungen, die mehr Transparenz und Rechtssicherheit bieten sollen (BT-Drs. 15/1204, S. 1), enthalten – jedenfalls im Kern – wenig Neues, sondern präsentieren sich als „alter Wein in neuen Schläuchen“.

Dazu ein kurzer Rückblick: Am 28. Juni 1996 hatte der Bundestag das sog. „Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz“ verabschiedet. Es bezweckte sowohl durch Einführung einer sog. Namensliste als auch durch Erleichterungen bei der Sozialauswahl bei arbeitgeberseitigen, betriebsbedingten Kündigungen sowie durch eine Ausweitung der Kleinbetriebsklausel Entlassungs- und damit Einstellungshindernisse in den Betrieben und Unternehmen abzubauen. Die Regierung Kohl hatte ihr Gesetzesvorhaben mit der Erwartung verknüpft, infolge des Abbaus der Arbeitnehmerrechte würden mindestens 600.000 Arbeitsplätze neu geschaffen. Dieser Beschäftigungseffekt trat nicht ein (*Preis*, RdA 1999, 312).

Die damalige Opposition aus SPD und GRÜNEN, die den Gesetzesentwurf strikt abgelehnt hatte, stellte nach der gewonnenen Bundestagswahl 1998 mit dem sog. Korrekturgesetz (v. 19. Dezember 1998, BGBl I, 3843) den alten Rechtszustand im Kündigungsschutzgesetz (KSchG) weitgehend wieder her. Nunmehr ist von den Regierungsparteien der Weg zurück gesucht und gefunden worden. Die alten „Kohlschen“ Regelungen kommen zu neuen Ehren, das Korrekturgesetz wurde „rückkorrigiert“, ein in der bundesdeutschen Gesetzgeschichte höchst ungewöhnlicher Vorgang. Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang nur, dass die Gesetzesbegründung das „Kohlsche“ Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 mit keinem Wort erwähnt.

Dem Gesetzgeber ist auch mit den weiteren, „richtigen“ Neuregelungen (bspw. bei der Ausweitung der Klagfrist) kein großer Wurf gelungen. Der praktische Nutzen der echten Neuregelungen ist begrenzt, neue Streitfragen – weil alte und neue Konzeptionen nur ungenügend abge-

stimmt wurden – sind vorprogrammiert. Die Gesetzesnovelle löst aber auch keine der alten Streitfragen, die schon das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 mit sich gebracht hatte (insoweit war der Gesetzesvorschlag der CDU/CSU-Fraktion vom 18. Juni 2003 durchaus konsequenter, wenn er auch verfassungsrechtlich (Art. 12 GG) mehr als fragwürdig erschien). An sich notwendige Präzisierungen sucht man in der Neuregelung vergebens. Deshalb dürfte auch das „neue Kündigungsrecht“ nicht die erhoffte und erstrebte Rechtssicherheit und -klarheit (und Verminderung von arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten) mit sich bringen. Schließlich wird auch die erwartete Beschäftigungswirkung kaum eintreten, wie die Erfahrungen mit dem Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 zeigen, zumal die beschäftigungspolitischen Wirkungen des Kündigungsschutzrechts schon allgemein überwertet werden (*Preis*, RdA 1999, 312).

### B. Die Neuregelungen

#### I. Die betriebsbedingte Kündigung und die Sozialauswahl

##### 1. Betriebsbedingtheit

Mit dem KSchG versucht der Gesetzgeber, einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes und der Sicherung seiner Existenzgrundlage zu schaffen. Dementsprechend beschränken die Regelungen des KSchG die grundsätzliche Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers im Anwendungsbereich des KSchG (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG). Ein Arbeitsverhältnis kann in diesem Rahmen nur durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung wirksam beendet werden. Eine ordentliche Kündigung des Arbeitgebers ist nach § 1 Abs. 1 KSchG u. a. sozial ungerechtfertigt (und damit rechtsunwirksam), wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Während sich bei einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung die soziale Rechtfertigung der Kündigung aus der Sphäre des Arbeitnehmers ergibt, resultiert der betriebsbedingte Kündigungsgrund allein aus der Sphäre des Arbeitgebers. Mit der Formulierung des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG hat der Gesetzgeber

einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff verwandt und den Kündigungsgrund nur rahmenmäßig umschrieben, ohne die betrieblichen Erfordernisse näher zu konkretisieren.

Hieran ändert auch die Neufassung des KSchG ab dem 1. 1. 2004 nichts. Auch weiterhin ist eine betriebsbedingte Kündigung – entsprechend dem Aufbau von § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG – in zwei Abschnitten zu prüfen. Ob ein betriebsbedingter Grund vorhanden und eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen – freien – Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen nicht möglich ist, behandelt die gesetzliche Neuregelung nur – im Rahmen des § 1 Abs. 5 KSchG nF – am Rande. Für die Praxis bleibt es dabei, sich mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum betrieblichen Erfordernis und zur fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen, freien Arbeitsplatz auseinander zu setzen. Dazu bedarf es eines dringenden betrieblichen Erfordernisses, das sich konkret auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt. Bei Kündigungen aus innerbetrieblichen Gründen muss der Arbeitgeber darlegen, welche organisatorischen Maßnahmen er angeordnet hat bzw. durchführen will und wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeiten des gekündigten Arbeitnehmers auswirken. Ist eine derartige unternehmerische Entscheidung getroffen worden, so ist sie nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAG 17.06.1999 – 2 AZR 141/99 – BAGE 92,71). Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist der Kündigungszugang. Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund (Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit) vorliegen. In Fällen, in denen zwar bei Zugang der Kündigung noch die Möglichkeit der Beschäftigung besteht, aber die für den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits getroffen sind, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann (BAG 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120).

## 2. Die Sozialauswahl

Steht fest, dass das Arbeitsvolumen – insbesondere durch eine arbeitgeberseitige Organisationsentscheidung – so gesunken ist, dass ein Arbeitsplatz im Überhang ist und eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen – freien – Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt, ist ein betriebsbedingter Kündigungsgrund „an sich“ gegeben. Nunmehr geht es nicht mehr um die Frage, ob gekündigt werden kann, sondern nur noch darum, **wem gekündigt werden darf**. Es erfolgt eine Konkretisierung, wen unter den vergleichbaren Arbeitnehmern des Betriebes die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses am wenigsten hart trifft. Das ist der Kern der Prüfung bei der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG). Dabei verlangt das – alte wie neue – KSchG im Kern vom Arbeitgeber keine bestimmte

Vorgehensweise oder die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens; der Arbeitgeber schuldet nur ein **„richtiges“** (besser: vertretbares) **Auswahlergebnis**.

Gleichwohl empfinden viele Arbeitgeber diese Auswahl als Ärgernis bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, zum einen, weil es aus ihrer Sicht bei der Auswahl oft den „Falschen“, nämlich den leistungsstärksten Mitarbeiter trifft und zum anderen, weil die „richtige“ soziale Auswahl nicht hinreichend vorhersehbar und kalkulierbar erscheint.

Hier setzt die Gesetzesnovelle an. Der Gesetzgeber sieht in der sozialen Auswahl ein Entlassungs- und damit ein Einstellungshindernis, das es zu beseitigen gelte; von der Neugestaltung des § 1 Abs. 3 erhofft er sich einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit.

### a) Prüfungsaufbau

Die Prüfung der Sozialauswahl erfolgte bisher nach folgendem Muster:

- Festlegung des auswahlrelevanten Personenkreises (Wer ist in die soziale Auswahl einzubeziehen?); es findet eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer nach ihrer ausgeübten Tätigkeit und ihrem vertraglichen Einsatz (Direktionsrecht) statt;
- soziale Auswahl anhand sozialer Kriterien, wie Lebensalter, Unterhalt etc. (Welche Sozialdaten sind zu berücksichtigen und wie zu gewichten?);
- Herausnahme der Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG, deren Weiterbeschäftigung aus bestimmten Gründen im berechtigten betrieblichen Interesse liegt (Welche Arbeitnehmer sind nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen?).

Unter Hinweis auf den geänderten Gesetzeswortlaut ist zum Arbeitsrechtl. Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 vertreten worden und wird zur jetzigen Novelle vertreten, vor einer Auswahl nach sozialen Kriterien seien zunächst die Arbeitnehmer auszusondern, deren weitere Beschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liege (vgl. *Bader*, NZA 2004; *Thüsing/Stelljes*, BB 2003,1675; *Düwell*, Neues Kündigungsrecht, 2004, 3.3.1. m.d.H. auf die Gesetzesformulierung). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. An dem Prüfungsaufbau hat sich durch die gesetzliche Neuregelung nichts geändert. Der Gesetzgeber fordert, das betriebliche Interesse müsse „berechtigt“ sein. Damit gibt er zu erkennen, daß das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des „Leistungsträgers“ abzuwägen ist; die „Leistungsträgerregelung“ ist damit Teil der Sozialauswahl. Hier von ging das BAG zur gleichlautenden Gesetzesfassung von 1996 bis 1998 aus (vgl. Entscheidung vom 12. 04. 2002 – 2 AZR 706/00 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 56 = NJW 2002, 3797); aus dem Gesetzgebungsverfahren ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das Auslegungsergebnis des

BAG nicht die Zustimmung des Gesetzgebers gefunden hat (für die Beibehaltung des bisherigen Prüfungsaufbaus auch *Buschmann*, AuR 2004, 2; *Löwisch*, BB 2004, 155; *Richardi*, DB 2004, 487; *Willemsen/Annuß*, NJW 2004, 178; U. *Preis*, NZA 1997, 1073, 1082 ff; *Kleinebrink*, ArbRB 2002, 339; schon zum „alten“ Recht: B. *Preis*, DB 1998, 1765 mwH).

Dabei ist die Frage des Prüfungsaufbaus nicht nur akademischer Natur, wie die beiden folgenden Beispiele zeigen:

- Bei der Frage der Vergleichbarkeit zwischen A und B hat der gekündigte A die Darlegungs- und Beweislast; handelt es sich aber um die Frage der Ausnahme von der Sozialauswahl, würde den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast treffen.
- Der Arbeitgeber müsste den Betriebsrat nicht über den – aus der Auswahl herausgenommenen – B informieren, wenn er überhaupt nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen wäre. Hingegen müsste er nach dem bisherigen Prüfungsaufbau dem Betriebsrat mitteilen, dass und aus welchen entgegenstehenden betrieblichen Bedürfnissen er den – vergleichbaren – B nicht und stattdessen den sozial stärkeren A kündigen wolle.

## b) Die Auswahlkriterien

Mit der Neufassung des Gesetzes haben sich die Regeln zur **Sozialauswahl** geändert. Der Gesetzgeber kehrt im Wesentlichen zu den Regelungen des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes 1996 zurück.

### aa) Allgemeines

Das Gesetz enthält in § 1 Abs. 3 KSchG jetzt wieder für alle **nach dem 31. 12. 2003** zugegangenen Kündigungen einen **abschließenden Kriterienkatalog** für die soziale Auswahl. Das Gesetz nennt **vier Kriterien**: die **Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung**.

Die zu den Kriterien der Sozialauswahl tradierte Rechtsprechung ist zukünftig weitgehend bedeutungslos. Durch die Aufzählung der noch heranzuziehenden Sozialdaten hat der Gesetzgeber klargestellt, dass es bei der Sozialauswahl weder darauf ankommt, ob bspw. der Arbeitnehmer erkrankt ist, ob der Ehegatte sich in einem Arbeitsverhältnis befindet, ob der Arbeitnehmer von der Möglichkeit der Altersteilzeit Gebrauch machen oder Ruhestandsleistungen in Anspruch nehmen kann, ob er noch zum Wehr- oder Zivildienst einberufen wird oder wie seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt einzuschätzen sind. Der Arbeitgeber **kann** allerdings neben den vier im Gesetz genannten Daten auch andere berücksichtigen; anders als bisher **muss** er dies jedoch **nicht** (*Löwisch*, NZA 2003, 691; *Hanau*, ZIP 2004, 1171). Der Arbeitnehmer kann sich nicht darauf berufen, der Arbeitgeber dürfe keine weiteren sozialen Aspekte berücksichtigen. Sinn und Zweck der Neuregelung ist es allein, die Sozialauswahl für den Arbeitgeber rechtssicherer zu gestalten. Allerdings ist ein „Öffnen“ der

Kriterien nur in beschränktem Umfang zulässig; zusätzliche Kriterien müssen einen spezifischen Bezug zum Arbeitsverhältnis (wie bspw. ein Arbeitsunfall, vgl. BT-Drs. 15/1204 S. 11) oder einen engen Bezug zu den vier gesetzlichen Kriterien (z. B. Alleinerziehende bzw. eine Behinderung des Kindes im Hinblick auf die Unterhaltspflicht) haben. Eine Ausdehnung der Kriterien kann der Praxis nicht empfohlen werden: Führt der Arbeitgeber weitere Aspekte in die Sozialauswahl ein, so muss er Entsprechendes bei allen vergleichbaren Arbeitnehmern berücksichtigen.

Durch die gesetzlichen Spezifizierung der vier Auswahlkriterien wird die bisherige Rechtsprechung zur Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung nach einem **Betriebsübergang** und nach Ausübung des Widerspruchs des „übergehenden“ Arbeitnehmers zu überdenken sein. Bekanntlich sollen nach der Rechtsprechung des BAG bei der Sozialauswahl die Gründe des widersprechenden Arbeitnehmers berücksichtigt werden (BAG 18.3.1999 – 8 AZR 190/98 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 41). Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Motive des widersprechenden Arbeitnehmers zu erforschen und ggf. zugunsten der vom Betriebsübergang nicht betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen, besteht nach der Neuregelung nicht mehr. Zweifelhaft ist auch, ob die Widerspruchsgründe vom Arbeitgeber berücksichtigt werden dürfen, weil ein solcher Differenzierungsaspekt mit keinem der vier Grunddaten in einem Zusammenhang steht; dies gilt jedenfalls dann, wenn man die vier Kriterien als absolut abschließend ansieht.

Durch die gesetzliche Beschränkung der Sozialauswahl auf die vier Grundkriterien wird die praktische Bedeutung eigener Punkteschemata des Arbeitgebers wachsen. Der Arbeitgeber muss zukünftig nur die vier Grunddaten angemessen berücksichtigen und **braucht** die früher notwendige Abwägung im Einzelfall nicht mehr vornehmen.

### bb) Die einzelnen Grunddaten

Die **Dauer der Betriebszugehörigkeit** bestimmt sich nicht nur nach der Zugehörigkeit zum Beschäftigungsbetrieb. Entscheidend ist vielmehr der ununterbrochene rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber (= Unternehmenszugehörigkeit) (*HaKo-Gallner*, § 1 Rn 747 mwH). Dabei sind – wie bei der Berechnung der Wartezeit – auch frühere Zeiten der Unternehmenszugehörigkeit zu berücksichtigen, wenn zwischen dem früheren und dem neuen Arbeitsverhältnis ein enger sachlicher Zusammenhang besteht; es kommt insoweit auf Anlass und Dauer der Unterbrechung an (vgl. BAG 22.05.2003, – 2 AZR 426/02 –). Die Zeiten der beiden Arbeitsverhältnisse werden dann addiert (BAG 6.2.2003 – 2 AZR 623/01 –). Das gilt auch für einen Betriebsübergang. Soweit jedoch ein Tarifvertrag die „Beschäftigungszeiten“ (wie bspw. § 19 BAT oder BAT-O) regelt, ist dies für eine kündigungsschutzrechtliche Bewertung ohne Belang (BAG 6.2.2003 NZA 2003, 1295).



Das Kriterium „**Lebensalter**“ sollte an sich die wenigsten Probleme aufwerfen (Blick auf die Steuerkarte). Auch europarechtlich bestehen gegen seine Verwendung als Auswahlkriterium keine Bedenken. Eine Ungleichbehandlung, die sich am Lebensalter orientiert und dazu führt, dass Arbeitnehmer Nachteile hinnehmen müssen, weil sie jünger sind, widerspricht nicht der Gleichstellungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000. Nach deren Art. 6 Abs. 1 Satz 2 a handelt es sich insoweit um eine Entlassungsbedingung, die den Schutz älterer Arbeitnehmer zum Ziel hat (*Linsenmeier*, RdA Sonderbeilage zu Heft 5 S. 32; *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 50; kritisch: *Hanau*, ZIP 2004,1171).

Neu ist die ausdrückliche Aufnahme der **Schwerbehinderung** in den Katalog der Sozialauswahlmerkmale. Dabei wird man differenzieren müssen, ob einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gekündigt werden soll oder sich ein anderer gekündigter Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl auf einen nicht berücksichtigten schwerbehinderten Arbeitnehmer bezieht. Für den letzteren Fall bringt die Novelle nichts Neues, jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderten nicht in die Sozialauswahl einbezogen hat. Der Arbeitgeber kann nach wie vor nur solche schwerbehinderten Arbeitnehmer überhaupt als vergleichbar ansehen und sie bei der Sozialauswahl berücksichtigen, für die die notwendige Zustimmung des Integrationsamtes nach §§ 85 ff. SGB IX vorliegt (KR-*Etzel*, § 1 KSchG Rn 653; siehe § 90 a SGB IX). Fehlt sie, braucht der Schwerbehinderte nicht in die Sozialauswahl einbezogen werden; die Aufnahme der Schwerbehinderung in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG dient allein der Erweiterung des Schutzes von Schwerbehinderten, nicht deren Einschränkung (*Hanau*, ZIP 2004, 1171). Der Arbeitgeber ist frei, ob er einen Antrag beim Integrationsamt stellt.

Anderes gilt in dem Fall, in dem der Schwerbehinderte aus betriebsbedingten Gründen gekündigt werden soll. Hier gewinnt das Kriterium an Bedeutung. Dabei stellt die Norm allein auf die „Schwerbehinderung“ ab. Fraglich ist, ob die Schwerbehinderung schon im Verfahren nach § 69 SGB IX festgestellt sein muss. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG definiert den Begriff der Schwerbehinderung nicht. Man wird gleichwohl davon ausgehen können, dass die Begriffbestimmung nach § 2 Abs. 2 SGB IX erfolgt, es also ausreicht, wenn ein Grad der Behinderung von mindestens 50 % tatsächlich vorliegt. Dem Sinn der gesetzlichen Regelung entspricht es auch, die Bestimmung auf gleichgestellte behinderte Menschen anzuwenden, vorausgesetzt, die Gleichstellung ist tatsächlich erfolgt („Eintrittskartentheorie“).

Hinsichtlich des Sonderkündigungsschutzes hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BAG aufgegriffen und die Voraussetzung „Schwerbehinderung“ nunmehr präzisiert.

Nach der Änderung des SGB IX bestimmt § 90 Abs. 2 a seit dem 1. 5. 2004:

*„Die Vorschriften dieses Kapitels finden ferner keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 1 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.“*

In der Begründung zu der Novelle heißt es dazu, die Ergänzung stelle sicher, dass der Arbeitgeber zur Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen nicht der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, wenn zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht offenkundig oder nicht scheidmässig festgestellt ist; eine Ausnahme von der strengen Regel soll nur dann gelten, wenn das Versorgungsamt die Entscheidung nicht treffen konnte, ohne dass der Betroffene etwas dafür kann (BT-Drs. 15/2357). § 90 Abs. 2 a bezieht sich jedoch ausdrücklich nur auf den in „diesem Abschnitt“ geregelten Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte, nicht aber auf das Kriterium „Schwerbehinderung“ i. S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, obwohl dem Gesetzgeber die Problematik der Begriffsdefinition in dem nur wenige Monate zuvor verabschiedeten Arbeitsmarkt-Reformgesetz bekannt gewesen sein dürfte. Da der Gesetzgeber gleichwohl keine Veranlassung gesehen hat, den Begriff „Schwerbehinderung“ für den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG über die gesetzliche Definition in § 2 SGB IX hinaus einzuschränken, ist davon auszugehen, dass es einer behördlichen Anerkennung der Schwerbehinderung oder wenigstens einer Antragstellung durch den Arbeitnehmer für die Berücksichtigung dieses Sozialdatums nicht bedarf.

Allerdings wird man vom Arbeitgeber grundsätzlich nur verlangen können, dass er die Sozialdaten berücksichtigt, die er kennt oder kennen muss. Für die Schwerbehinderung bedeutet das: Der Arbeitgeber hat die Obliegenheit, vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung die in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer um eine Aktualisierung ihrer Sozialdaten zu bitten, um insbesondere Änderungen bei den Unterhaltspflichten oder hinsichtlich einer Schwerbehinderung in Erfahrung zu bringen. Kommt der Arbeitgeber dieser Obliegenheit nicht nach, kann er sich im Kündigungsschutzprozess nicht auf Unkenntnis berufen. Teilt hingegen der (objektiv) schwerbehinderte Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Schwerbehinderung nicht mit, kann er die Sozialwidrigkeit aus diesem Grunde im Prozess nicht erfolgreich geltend machen.

Die Neufassung definiert nicht, welche **Unterhaltspflichten** zu berücksichtigen sind. Das kann zu Anwendungsproblemen führen. Unterhaltspflicht ist ein Rechtsbegriff und knüpft an die gesetzliche Unterhaltspflicht der §§ 1360 ff., 1569 ff.,

1601 ff. BGB (und des Lebenspartnerschaftsgesetzes) an. Un-erheblich ist, ob der Unterhaltspflichtige ihnen nachkommt oder nicht (HaKO-Gallner, § 1 Rn 749). Streitig ist, ob es allein auf die rechtlichen oder tatsächlich bestehenden Unterhaltspflichten ankommt (was bspw. bei einem „Doppelverdienst“ von Eheleuten von Bedeutung ist), d. h. ob der grundsätzlichen Unterhaltspflicht auch eine konkrete Unterhaltsberechtigung/Unterhaltslast gegenübersteht. Hierzu enthält die Neuregelung keine Aussage. Es erscheint plausibel, nicht auf die konkreten Unterhaltsleistungen abzustellen. Nicht nur, dass diese im laufenden Kündigungsschutzprozess schwanken können. Auch entspricht es nicht dem Gesetzeszweck, mit der Anführung der vier Grunddaten die Sozialauswahl zu vereinfachen, die tatsächlichen Unterhaltslasten jeweils im Einzelfall durch den Arbeitgeber ermitteln zu lassen. Hinzu kommt, dass in den Ausschussberatungen zum Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 der vorgeschlagene Begriff der „Unterhaltslasten“ gerade nicht in das Gesetz eingefügt worden war. Auch die Rechtsprechung des 2. Senats liegt auf dieser Linie; in seiner Entscheidung vom 5. 12. 2002 (2 AZR 549/01) hat er klargestellt, dass bei der Berücksichtigung von Unterhaltspflichten die Einkünfte des Ehegatten nicht berücksichtigt werden müssen (allerdings kann der Arbeitgeber sie berücksichtigen). Damit bleibt der Praxis in vielen Fällen eine enorme „Ermittlungsarbeit“ und eine problematische Abwägung (der Ehegatte ist „Besserverdiener“, eine 300 €-Kraft oder eine Ich-AG; wann ist eine Unterhaltsdifferenz erheblich?) erspart. Nach der Rechtsprechung des 2. Senats kann der Arbeitgeber aber durchaus auf die tatsächlichen Unterhaltspflichten abstellen; er muss dies dann allerdings konsequenterweise bei allen (vergleichbaren) Arbeitnehmern tun.

### cc) Zum Abwägungsprogramm

Die vier genannten Auswahl Gesichtspunkte muss der Arbeitgeber bei der Sozialauswahl einbeziehen. Der Gewinn an Rechtssicherheit durch die Neuregelung hält sich in Grenzen. Nach wie vor schweigt das Gesetz zur Frage der Gewichtung der einzelnen Daten. Deshalb kann auch zukünftig nicht sicher prognostiziert werden, ob das Arbeitsgericht der Bewertung der Sozialdaten durch den Arbeitgeber folgen wird; aus der Sicht des Arbeitgebers bleiben betriebsbedingte Kündigungen und deren Sozialauswahl nach wie vor nicht sicher kalkulierbar. Denn bei der sozialen Auswahl sind nicht nur **einkommensurable Größen** miteinander zu vergleichen (plastisch: Wie viele Kinder entsprechen welchen Jahren der Betriebszugehörigkeit?); hier hat das Wort vom Vergleich von „Äpfeln mit Birnen“ bzw. „Pflaumen“ und nunmehr mit „Orangen“ seine Berechtigung. Auch die einzelnen Sozialdaten sind ambivalent und führt zu einem Vergleich von „großen Äpfeln“ mit „kleinen Birnen“: So ist mit dem Kriterium des „Lebensalters“ als solchem keine sichere Bewertung verbunden; die Entlassung eines „jüngeren Arbeitnehmers“ in die Arbeitslosigkeit kann unsozialer sein als die eines älteren

Arbeitnehmers kurz vor der Rente (Preis, RdA 1999, 316). Die Schwierigkeit dieses Vergleichs und der Gewichtung der sozialen Auswahlkriterien löst auch die Neuregelung nicht. Das Verhältnis der vier Auswahldaten zueinander und ihrer Gewichtung bleibt weiter offen (und ist wohl auch nicht abschließend gesetzlich fixierbar).

Dennoch besteht für die betriebliche Praxis ein brauchbares Prüfungsprogramm. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG muss der Arbeitgeber bei seiner Auswahlentscheidung die im Gesetz genannten sozialen Auswahl Gesichtspunkte nur **„ausreichend“** berücksichtigen. Dem Arbeitgeber steht bei der Gewichtung der Sozialkriterien ein **Wertungsspielraum** zu. Die Auswahlentscheidung muss nur vertretbar sein und nicht unbedingt der Entscheidung entsprechen, die das Arbeitsgericht getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich soziale Erwägungen angestellt hätte. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz eingeräumte Wertungsspielraum führt dazu, dass nur **deutlich** schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können (zuletzt BAG 5. 12. 2002 – 2 AZR 549/01 – NZA 2003, 792). Das bedeutet aber auch, dass sich das Arbeitsgericht mit eigenen Präferenzen zurück halten und der Versuchung widerstehen sollte, die Sozialauswahl vor-schnell als fehlerhaft anzusehen, insbesondere um anderen, schwierigen Fragen der betriebsbedingten Kündigung auszuweichen; (vgl. auch B. Preis, mit dem Hinweis: „Augenmaß und nicht Erbsenzählerei sei die Devise“, DB 1998, 1763).

Deshalb können soziale Gesichtspunkte selbst dann noch ausreichend berücksichtigt worden sein, wenn der gekündigte AN sozial geringfügig schlechter gestellt ist als ein ungekündigter vergleichbarer AN (BAG 18. 10. 1984, DB 1985, 1083). Hinzu kommt, dass sowohl der Gesetzgeber (BT-Drs. 15/1204 S. 11: alle vier Kriterien haben das gleiche Gewicht) als auch das BAG in ständiger Rechtsprechung **keinem** der sozialen Grunddaten eine **Priorität** eingeräumt wissen will (siehe zuletzt BAG v. 5. 12. 2002, a. a. O.; a.A. bspw. B. Preis, DB 1998, 1763 „Präferenz für die Betriebszugehörigkeit“, weil sie den stärksten Bezug zum Arbeitsverhältnis habe).

### c) Die berechtigten betrieblichen Interessen und die sog. „Leistungsträger“

Eine erhebliche Änderung hat § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG erfahren. Zwar konnte auch bisher der Arbeitgeber einzelne Mitarbeiter aus der Sozialauswahl herausnehmen, wenn bestimmte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers bedingten und der Sozialauswahl entgegenstanden. Die Neufassung des **§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG lockert die Voraussetzungen** für eine Herausnahme der Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl. Nach der Neuregelung sind **in die soziale Auswahl nicht die Arbeitnehmer einzubeziehen**, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes

im **berechtigten betrieblichen Interesse** liegt. Es müssen keine besonderen „Bedürfnisse“ mehr vorliegen, ausreichend ist ein berechtigtes betriebliches Interesse. Der Unterschied in beiden Formulierungen klingt minimal. Das Gesetz räumt damit aber den betriebswirtschaftlichen Überlegungen unter bestimmten Voraussetzungen den Vorrang vor sozialen Gesichtspunkten ein und kommt zur früheren Formulierung des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes zurück.

**Kenntnisse** beziehen sich auf Fakten, die der Arbeitnehmer durch seine Ausbildung, den beruflichen Werdegang oder sonst wie erlangt hat und die sich auf den konkreten Einsatzbereich im Betrieb beziehen. **Fähigkeiten** betreffen die Eignung des Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldeten Arbeiten auszuführen. Mit **Leistung** bezeichnet man die qualitative und quantitative Umsetzung von Kenntnissen und Fähigkeiten (Ascheid, RdA 1997, 338). Die in Satz 2 genannten Beispiele sind nicht abschließend, wie das Wort „insbesondere“ zeigt. So können auch wichtige Kundenkontakte im Einzelfall genauso zur Herausnahme aus der Sozialauswahl führen wie andere Personalmerkmale des Arbeitnehmers (wie bspw. Zuverlässigkeit, Einsatzbereitschaft oder der Gesundheitszustand, B. Preis, DB 1998, 1765). Zu beachten ist jedoch immer, dass zugunsten des Arbeitgebers nicht die „Nachteile“ des sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmers, sondern nur die Vorteile des Leistungsträgers berücksichtigungsfähig sind. Im Kündigungsschutzprozess wird der Arbeitgeber daher mit dem Argument, der gekündigte sozial schutzwürdigere Arbeitnehmer sei häufiger krank, keinen Erfolg haben. Ein Fall des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG liegt nur dann vor, wenn der Arbeitgeber sich darauf berufen kann, der nicht gekündigte Leistungsträger sei wegen seiner außergewöhnlichen Gesundheit für die Leistungsfähigkeit des Betriebes von Bedeutung. Deshalb ergibt in diesen Fällen auch kein Widerspruch zur krankheitsbedingten Kündigung (anders: Bär, AuR 2004, 171).

Die genannten Aspekte müssen nach Sinn und Zweck des Gesetzes **zusätzlich** im Verhältnis zu dem sozial schutzwürdigerem Arbeitnehmer vorhanden sein (sonst bedarf es keiner Ausnahme von der Sozialauswahl) und zusätzlich zu den vertragstypischen Pflichten (die allgemeinen Kenntnisse und Fähigkeiten betreffen schon die Bildung der Auswahlgruppen; Preis, NZA 1999, 318) vorliegen. Es muss sich um „arbeitsmarktgängige“ Kriterien handeln (nicht bspw. der „gute Fußballer“ wegen des Betriebssports). Die zusätzlichen Kenntnisse und Fähigkeiten müssen für den Betriebsablauf auch benötigt werden (Englischkenntnisse des HKS-Monteurs, der in einer Siedlung der Amerikaner Heizungen repariert, nicht jedoch vorhandene Mongolischkenntnisse). Allgemeine Angaben, wie „soziale Kompetenz“ oder „gute Teamfähigkeit“ reichen zur schlüssigen Begründung des berechtigten betrieblichen Interesses nicht aus (Bär, AuR 2004, 171). Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der berechtigten betrieblichen Interessen (zusammenfassend: KR-Etzel, 7. Aufl., § 1 Rn 630 und 636)

Der Zweck der Neuregelung macht den Unterschied zur bisherigen Regelung deutlich: Die der Sozialauswahl entgegenstehenden betrieblichen Notwendigkeiten sollen ein größeres Gewicht bei der Konkretisierung des zu kündigenden Arbeitnehmers bekommen. Dies zeigt sich vor allem bei dem Tatbestandsmerkmal **„Leistung“**. Die Regierungsbeurteilung zur Neuregelung enthält insoweit einen Hinweis auf die sog. Leistungsträger. Das BAG hatte bisher – zur alten Gesetzesfassung – angenommen, die Herausnahme eines Arbeitnehmers aus der Sozialauswahl sei möglich, wenn auf ihn „im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs nicht verzichtet werden kann“ (BAG AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 12; AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 7). Diesen Maßstab verändert die Neuregelung. Dabei werden reine Nützlichkeitsabwägungen einerseits nicht ausreichen, um einen Arbeitnehmer als Leistungsträger anzuerkennen (a.A. Kleinebrink, ArbRB 2003, 339). Einen „Leistungsträger“ jedoch erst dann anzunehmen, wenn er sich für den Betrieb **unentbehrlich** gemacht hat, so die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/1204 S. 11), erscheint andererseits angesichts des Gesetzeswortlauts und des Sinns und Zwecks der Neuregelung nicht angebracht. Vielmehr können **erhebliche Leistungsunterschiede** (bspw.: erhebliche Leistungsdifferenzen aufgrund hervorragender interner Beurteilungen; besonders gute Verkaufsergebnisse eines Verkaufsassistenten) die Annahme berechtigter betrieblicher Interessen rechtfertigen. Wann dies der Fall ist, kann nur für den Einzelfall entschieden werden; eine generelle Festlegung verbietet sich. Dem Ziel, Rechtssicherheit und -klarheit zu schaffen, kommt damit die Neuregelung nicht nach.

Auch die Neuregelung ermöglicht es nicht, dass der Arbeitgeber beliebig viele Arbeitnehmer als Leistungsträger ansieht und aus der Sozialauswahl herausnimmt (so auch: Löwisch, BB 2004, 155). Das BAG hat in einer Entscheidung vom 12. 4. 2002 (2 AZR 706/00 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 56) einer umfassenden Anwendung der Leistungsträgerregelung eine Absage erteilt. Dabei gilt es zunächst zu bedenken, dass die Auswahl nach sozialen Kriterien nach wie vor die Regel und die Nichteinbeziehung von Arbeitnehmern die Ausnahme ist und für eine Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl ein **berechtigtes** betriebliches Interesse vorhanden sein muss. Das Gesetz erkennt, dass gegenläufige Interessen denkbar sind und deshalb eine isolierte Betrachtung des betrieblichen Interesses nicht möglich ist. Die gegenläufigen Interessen können – da es sich um eine Ausnahme zur Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG handelt – nur Belange des sozial schwächeren Arbeitnehmers sein. Deshalb kommt der 2. Senat des BAG in der genannten Entscheidung zu dem Ergebnis, das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers sei im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des Leistungsträgers abzuwägen: Je schwerer das soziale Interesse wiege, um so gewichtiger müssten die Gründe



für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein. Die betrieblichen Interessen sind berechtigt, wenn es dem Betrieb – gemessen an dem Unternehmenszweck – einen nicht unerheblichen Vorteil bringt, bestimmte Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen (bspw. selten anfallende Spezialkenntnisse). Dabei muss das Interesse aus konkreten betrieblichen Belangen ableitbar sein (der Gesetzgeber spricht von „unentbehrlichen“ Mitarbeitern). Das Ganze muss aber noch eine soziale Auswahl bleiben. Eine im Ergebnis rein betriebswirtschaftliche Auswahl entspricht nicht dem Gesetz. Wurden bei einer Sozialauswahl ausschließlich betriebliche Belange berücksichtigt (BAG 18. 10. 1984, DB 1985, 974) oder nimmt der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen den ganz überwiegenden Teil der Belegschaft aus der Sozialauswahl heraus (BAG 5. 12. 2002 – 2 AZR 697/01, NZA 2003, 849; 70 % der vergleichbaren Arbeitnehmer), spricht daher auch nach der Neufassung des Gesetzes eine tatsächliche Vermutung für eine Fehlerhaftigkeit der Auswahl.

Es steht dem Arbeitgeber frei, ob er von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG Gebrauch macht. Arbeitnehmer können sich daher grundsätzlich nicht darauf berufen, ihre Weiterbeschäftigung liege im berechtigten betrieblichen Interesse. Anders ist dies aber, wenn der Arbeitgeber diese Interessen festgelegt, bewertet und für andere Arbeitnehmer geltend gemacht hat. Dann kann ein Arbeitnehmer auch für sich das vom Arbeitgeber festgelegte Interesse geltend machen. Das Gesetz bestimmt, dass diese Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen „sind“. Hat er die betrieblichen Interessen benannt, steht es daher dem Arbeitgeber nicht mehr frei, darüber zu entscheiden, welche Arbeitnehmer aus den von ihm bestimmten Gesichtspunkten aus der sozialen Auswahl herausfallen (Bader, NZA 2004, 74; Bär, AuR 2004, 171; Buschmann, AuR 1996, 288). Macht der Arbeitgeber z. B. geltend, er könne keine Mitarbeiter entlassen, die eine Akkordleistung von 120 % und mehr erbringen, kann sich daher der nicht aus der Sozialauswahl herausgenommene Arbeitnehmer darauf berufen, er erbringe eine vergleichbare oder höhere Leistung. Sind mehr Arbeitnehmer vorhanden, die aus berechtigten betrieblichen Interessen nicht an der Sozialauswahl teilnehmen, als noch beschäftigt werden können, findet unter ihnen eine soziale Auswahl statt.

#### d) Die Personalstruktur

Bei der **Sicherung der ausgewogenen Personalstruktur** geht es darum, sie so zu erhalten, wie sie vor den geplanten Kündigungen war, und eine weitere Verschlechterung zu verhindern. Es geht nicht darum, Kündigungen zum Anlass zu nehmen, diese Struktur zu verbessern (BT/Drucks. 15/1204 S. 11); anderes sieht im Übrigen § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO vor. Ferner gilt es zu bedenken, dass sich solche berechtigten betrieblichen Interessen nur im Rahmen einer Massenentlassung ergeben werden; durch einzelne betriebsbedingte Kündigungen wird regelmäßig die betriebliche

Personalstruktur nicht aus den Fugen geraten. Dabei lässt das BAG bei Massenentlassungen auch eine Sozialauswahl innerhalb einzelner Qualifikationsstufen zur Vermeidung von Betriebsablaufstörungen durch die Einarbeitung von zu versetzenden Arbeitnehmern zu (BAG 25. 4. 1985 NZA 1986, 94). Der Arbeitgeber kann die Versetzungen auf das maximal verkraftbare Maß begrenzen.

Entgegen einer häufig geäußerten Meinung bezieht sich die Ausgewogenheit nicht allein auf den Altersaufbau der Belegschaft; auch andere Kriterien (Geschlechterquote, soweit nach § 611 a Abs. 1 BGB zulässig; Facharbeiter/angelernete Kräfte) sind denkbar (so auch Bär AuR 2004, 171; Däubler NZA 2004, 182).

### 3. Auswahlrichtlinien

**Abs. 4** spricht von Richtlinien nach einem Tarifvertrag, dem BetrVG oder den Personalvertretungsgesetzen; die Mitarbeitervertretungsordnungen der Kirchen werden hingegen in der Norm nicht erwähnt. Die Bestimmung privilegiert tarifliche und betriebliche Regelungen zur Sozialauswahl. Die **eingeschränkte arbeitsgerichtliche Überprüfung** gilt **nur für die Bewertung der Sozialdaten** zueinander. Auswahlrichtlinien helfen nur bei der Gewichtung der Auswahlkriterien. Hierbei wird aber aus Gründen der Rechtssicherheit der Beurteilung der Sozialauswahl durch die Betriebs- und Sozialpartner eine hohe Präferenz eingeräumt. Wird die Bewertung der vier Auswahlkriterien in ihrem Verhältnis zueinander in einer Auswahlrichtlinie festgelegt, erfolgt eine gerichtliche Überprüfung nur am Maßstab der **groben Fehlerhaftigkeit**; es wird geprüft, ob die vorgenommene Gewichtung jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG 21. 1. 1999 – AP KSchG § 1 Namensliste Nr. 3; 2. 12. 1999 – 2 AZR 757/98 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 45; zuletzt: 5. 12. 2002 – 2 AZR 697/01 – a. a. O.; Beispiele bei Schrader/Straube, ZinsO 2004, 433). Eine individuelle Abschlussprüfung, wie sie die Rechtsprechung des BAG früher verlangte, ist nicht mehr erforderlich (Preis, NZA 1997, 1073; Fischermeier, NZA 1997, 1095). Bewertet die Auswahlrichtlinie die Sozialdaten grob fehlerhaft, so findet eine Sozialauswahl und Gewichtung nach § 1 Abs. 3 KSchG statt.

Grundsätzlich ist eine Auswahlrichtlinie als grob fehlerhaft zu qualifizieren, wenn sie ein Sozialdatum überhaupt nicht aufgeführt hat; die Schwerbehinderung als Auswahlkriterium muss selbstverständlich nur berücksichtigt werden, wenn bei der „Kündigungswelle“ ein Schwerbehinderter zur Kündigung ansteht. Zweifelhaft ist, ob eine Auswahlrichtlinie über die vier Grunddaten hinaus noch zusätzliche soziale Gesichtspunkte enthalten darf. Nicht mehr privilegiert ist die Sozialauswahl, wenn der Arbeitgeber eine abschließende Einzelfallprüfung vornehmen darf bzw. muss; hier entfällt die Richtigkeitsvermutung der mitbestimmten Auswahlrichtlinie.

Die Nachprüfung der Sozialauswahl auf grobe Fehler erstreckt sich – anders als früher – nicht auf die soziale Auswahl der Arbeitnehmer an sich (*Gaul/Lunk*, NZA 2004, 185).

Vor allem die Betriebsparteien haben es in der Praxis in der Hand, die Sozialauswahl „sicherer“ zu machen und der – nicht kalkulierbaren (siehe oben) – Gewichtung der Auswahlaspekte ein Korsett vorzugeben. Im Kündigungsschutzprozess reduziert sich dann die Nachprüfung der Kündigungsauswahl nur auf die Einhaltung der Richtlinie. Allerdings ist dieses Instrument in der betrieblichen Praxis mit Vorsicht zu genießen. Geht der Arbeitgeber in „guten Zeiten“ auf den Betriebsrat mit dem Wunsch zu, eine Auswahlrichtlinie für betriebsbedingte Kündigungen mit ihm zu vereinbaren – was an sich in einer solchen Phase ohne Emotionen und sachlich möglich wäre –, so wird die Interessenvertretung oft „Unrat wittern“ und Befürchtungen für anstehende betriebliche Änderungen hegen. Kommt der Arbeitgeber hingegen in „schlechten Zeiten“ mit der Bitte zum Betriebsrat, wird dieser – weil u.U. konkret betroffene Arbeitnehmer im Kopf – sich einer solchen betrieblichen Regelung gänzlich verschließen.

#### 4. Interessenausgleich und Namensliste

Der neue **Abs. 5** führt im Wesentlichen die „alte Namensliste“ wieder ein. Wenn die Namensliste auch von vielen Arbeitsrechtlern und Gewerkschaftern als „Teufelswerk“ angesehen wurde (so wurde die Namensliste in der Praxis auch als „schwarze Liste“ oder „Todesliste“ bezeichnet), ist gleichwohl ein Interessenausgleich mit Namensliste in den Betrieben und Unternehmen vielfach vereinbart worden. Die Zahl der Entscheidungen, die allein das Bundesarbeitsgericht zu solchen Vereinbarungen treffen musste, ist ein Beleg dafür, dass die betriebliche Praxis dieses Gestaltungsmittel durchaus angenommen hat.

Gegen die Wiedereinführung der Namensliste spricht – rechtspolitisch und methodisch – einiges. Insbesondere bringt sie einen systemfremden Einbruch in die individualistische Konzeption des KSchG mit sich und erscheint mit den eigentlichen Aufgaben des Betriebsrats unvereinbar (*Preis*, RdA 2003, 74). Gerade die Nachteile einer kündigungrechtlichen Machtposition des Betriebsrats, die er als Sperrinstanz nach dem Betriebsrätegesetz hatte, veranlasste den Gesetzgeber des KSchG 1951, den Kündigungsschutz zu individualisieren.

Auch wächst bei einer solchen Schlüsselstellung für den Kündigungsfall die Gefahr von Koppelungsgeschäften (oder anderen willkürlichen Entscheidungen des Betriebsrats). Dabei ist zu bedenken, dass der von der Kündigung betroffene Arbeitnehmer nahezu wehr- und chancenlos dem Fehlverhalten des Betriebsrats ausgesetzt ist: Schadensersatzansprüche sind nicht durchsetzbar, eine Sanktion durch „Abwahl“ findet schon deshalb nicht statt, weil der gekündigte Arbeitnehmer an der nächsten Wahl nicht mehr teilnimmt.

#### a) Voraussetzungen

Voraussetzung ist ein mit dem Betriebsrat (Gesamtbetriebsrat) abgeschlossener Interessenausgleich aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG.

Erforderlich ist in jedem Fall eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG. Die Form der Betriebsänderung ist unerheblich (also bspw. eine Betriebs(teil)stilllegung oder ein erheblicher Personalabbau – vgl. bspw. die Sachverhalte der Entscheidungen des BAG vom 21. 2. 2002 – 2 AZR 581/00 –; 22. 1. 2004 – 2 AZR 111/02 – „Personalabbau in Wellen“). Im Bereich des öffentlichen Dienstes kann deshalb die Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG keine Anwendung finden, weil das BetrVG nicht anwendbar ist (§ 130 BetrVG); einen Interessenausgleich mit Namensliste kann es ferner auch nicht in Kleinunternehmen mit weniger als 20 Arbeitnehmern und in Tendenzbetrieben (vgl. § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) geben. Liegen die Voraussetzungen des § 111 BetrVG nicht vor, so können die Wirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG nicht durch einen freiwilligen Interessenausgleich herbeigeführt werden (*Quecke*, RdA 2004, 90; *Willemssen/Annauß*, NJW 2004, 180 mwH; *Gaul/Süßbrich*, ArbRB 2004, 224; a.A. *Kopenhagen*, NZA 1998, 968). Nicht ausreichend ist eine lediglich „geplante“, aber nicht durchgeführte Betriebsänderung. Anders als § 125 InsO verlangt § 1 Abs. 5 KSchG eine Kündigung „aufgrund einer Betriebsänderung“. Wird die geplante Betriebsänderung in den Interessenausgleichsverhandlungen auf ein Maß reduziert, dass keine Betriebsänderung mehr im Sinne des § 111 BetrVG gegeben ist, greift die Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG nicht mehr (*Quecke*, RdA 2004, 90).

Der Begriff des Interessenausgleichs in § 1 Abs. 5 KSchG verweist auf die Regelung des § 112 BetrVG. Deshalb bedarf der Interessenausgleich und auch die Namensliste der Schriftform des § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Zur Wahrung der Schriftform (§§ 125, 126 BGB) ist die eigenhändige Unterschrift des Arbeitgebers und des Betriebsratsvorsitzenden (bzw. seines Stellvertreters) als gesetzlichem Vertreter des Betriebsrats (§ 26 Abs. 2 BetrVG) erforderlich. Das Schriftformerfordernis ist nach der Rechtsprechung des BAG jedenfalls nicht deshalb verletzt, weil die Namensliste nicht im Interessenausgleich selber, sondern in einer Anlage enthalten ist. § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG spricht zwar davon, die namentliche Bezeichnung müsse in dem Interessenausgleich erfolgen. Dieses Erfordernis ist aber erfüllt, wenn Interessenausgleich und Namensliste eine Urkunde bilden (BAG 7. 5. 1998 – 2 AZR 55/98 – BAGE 88, 375 – Stichwort: Heftklammer; 21. 2. 2002 a. a. O.; 22. 1. 2004, a. a. O.). Wird die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich erstellt, reicht es aus, wenn sie von den Betriebsparteien unterzeichnet ist und im Interessenausgleich auf sie Bezug genommen wird (BAG 22. 1. 2004, a. a. O.). Dabei ist es sogar rechtlich möglich, den Interessenausgleich zeitnah um eine Namensliste zu ergänzen (BAG 22. 1. 2004, a. a. O.; *KR-Etzel*, 5. Aufl. § 1 KSchG Rn 742 b), vorausgesetzt, der Inter-

essenenausgleich enthält eine solche „Öffnungsklausel“ (Verweis auf die noch zu erstellende Anlage X). Zweifelhaft erscheint es deshalb, ob einer Entscheidung des LAG Düsseldorf (25. 2. 1998 – LAGE KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 9) zu folgen ist, nach der eine erst zeitlich nach Abschluss des Interessenausgleichs vereinbarte Namensliste eine – spätere – Kündigung nicht rechtfertigen könne. Für die Praxis erscheint allerdings zur Reduzierung möglicher Unwägbarkeiten eine Unterzeichnung der Namensliste durch die Betriebsparteien und ein Bezugsvermerk im Interessenausgleich auf die Anlage und in der Anlage (Namensliste) auf den Interessenausgleich angezeigt.

Die Namen der zu kündigenden Arbeitnehmer sind im einzelnen aufzuführen. Allein die namentliche Nennung der zu kündigenden Arbeitnehmer kann die Beschränkung der Überprüfung der Sozialauswahl rechtfertigen. Nur dann kann nämlich eine Gewähr dafür bestehen, dass sich die Betriebspartner im einzelnen Gedanken darüber gemacht haben, welche Arbeitnehmer als vergleichbar für eine Sozialauswahl in Betracht kommen, welche soziale Rangfolge zwischen ihnen besteht und wer aus der Sozialauswahl auszunehmen ist (BAG 22. 1. 2004, a. a. O.; vgl. auch *Löwisch*, BB 2004, 156). Es reicht deshalb bspw. nicht aus, die zu schließende Betriebsabteilung zu benennen und anzugeben, allen 20 Arbeitnehmern werde gekündigt. Genauso wenig reicht es allein aus, die Personalnummer anzugeben (*Gaul/Süßbrich*, ArbRB 2004, 234) oder eine „Negativliste“ (d. h. die Arbeitnehmer, die bleiben sollen) aufzustellen (zur „Teilnamensliste“ BAG 22. 1. 2004, a. a. O.).

Der Interessenausgleich und die Namensliste müssen vor Ausspruch der Kündigung wirksam zustande gekommen sein. Ausgesprochene Kündigungen sind unwirksam, wenn die Namensliste erst danach unterzeichnet worden ist (Der Arbeitgeber kann allenfalls ein zweites Mal kündigen.).

### b) Vermutungswirkung

Bei Vorliegen der Voraussetzungen wird vermutet (§ 292 ZPO), dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Nach der Rechtsprechung des BAG zu § 1 Abs. 5 in der Fassung des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes 1996 soll eine Umkehr der Beweislast stattfinden (zuletzt: BAG v. 21. 2. 2002 – 2 AZR 581/00 –); der Arbeitgeber hat dann im Kündigungsschutzprozess lediglich die Darlegungs- und Beweislast für die Vermutungsgrundlagen, d. h. das wirksame Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste anlässlich einer bestimmten Betriebsänderung, in der der Arbeitnehmer namentlich identifizierbar genannt wird (zuletzt; BAG 22. 1. 2004 – 2 AZR 111/02 –). Der Arbeitnehmer muss dann Tatsachen vortragen (und ggf. beweisen), die die Vermutung widerlegen (z. B. Neueinstellungen für die Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist). Gelingt ihm dies, gilt die Regelung in § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Ob an dieser Rechtsprechung auch für die Neuregelung des

§ 1 Abs. 5 KSchG ohne Modifikationen festgehalten werden kann, erscheint angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Oktober 1999 (– 1 BvR 2110/93 – NZA 2000, 110) zumindest diskussionswürdig. Danach muss die Verteilung der Darlegungs- und Beweislastverteilung von Verfassungen wegen dem Umstand gerecht werden, dass der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess eine bestehende Rechtsposition verteidigt, wenn er das Vorliegen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes bestreitet. Es verbietet sich, dem Arbeitnehmer die Darlegung und den Nachweis solcher Umstände in vollem Umfang aufzubürden, die nicht in seiner Sphäre liegen und deren vollständige Kenntnis bei ihm infolgedessen nicht erwartet werden kann, während der Arbeitgeber über sie ohne weiteres verfügt. Allerdings unterscheidet sich die Situation des in der Namensliste genannten Arbeitnehmers in einem Punkt von der Fallkonstellation, die das Bundesverfassungsgericht entschieden hat: Vor Abschluss des Interessenausgleichs ist der Betriebsrat nach § 111 Satz 1 BetrVG über die geplante Betriebsänderung zu unterrichten. Der Gesetzgeber durfte auch davon ausgehen, dass ohne die vom Gesetz geforderten Informationen und die sich darauf gründende Einsicht in die Notwendigkeit kein Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste unterschreiben wird (Richtigkeitsgewähr des Interessenausgleichs). Im Regelfall wird der gekündigte Arbeitnehmer auch die dem Interessenausgleich und der nachfolgenden Kündigung zugrundeliegenden Planungen bzw. Tatsachen beim Betriebsrat erfragen können, so dass der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess nicht notwendigerweise auf den Vortrag solcher Tatsachen durch den Arbeitgeber angewiesen ist, die er zur Widerlegung der Vermutung beibringen muss. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten mag es je nach Lage des Falles jedoch geboten sein, die Anforderungen an den Sachvortrag des Arbeitnehmers, der die Vermutung widerlegen soll, nicht zu überspannen.

Die Vermutungswirkung erstreckt sich auf die „Betriebsbedingtheit der Kündigung“, also auf das Vorliegen des betrieblichen Erfordernisses, das einer Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers entgegensteht, sowie auf die fehlende Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung im Betrieb oder Unternehmen (zuletzt BAG 22. 1. 2004, a. a. O.; *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1677; *ErfK-Ascheid*, § 1 KSchG Rn 588; *Preis*, NZA 1998, 1086). Der Regierungsentwurf (BT-Drs. 15/1509, S. 2) ruft in diesem Zusammenhang noch einmal den Zweck des Gesetzes, eine höhere Rechtssicherheit bei betriebsbedingten Kündigungen zu gewährleisten, in Erinnerung.

Als weitere Folge der namentlichen Bezeichnung des Arbeitnehmers im Interessenausgleich tritt hinzu, dass die Sozialauswahl im Kündigungsschutzprozess nur auf grobe Fehler überprüft werden kann. Dies gilt nicht nur – wie bei § 1 Abs. 4 KSchG – für die Gewichtung (Abwägung) der

Auswahlkriterien, sondern für die gesamte Sozialauswahl (siehe auch BAG 28. 8. 2003 – 2 AZR 368/02 –), d. h. auch für die Bildung der Vergleichsgruppen, innerhalb derer die Sozialkriterien der Arbeitnehmer abgewogen worden sind (siehe auch BAG 07. 5. 1998 – 2 AZR 536/97 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 94; 28. 8. 2003, a. a. O.) und die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus den Vergleichsgruppen im Hinblick auf die berechtigten betrieblichen Interessen (Leistungsträger; siehe hierzu: ErfK-Ascheid, § 1 KSchG Rn 588; Löwisch, RdA 1997, 91; Kappenhagen, FA 2004, 39; Löwisch, BB 2004, 156; zu § 125 InsO: BAG 28. 8. 2003, a. a. O.). Dafür spricht zum einen die Gesetzessystematik: Während § 1 Abs. 4 ausdrücklich nur die Gewichtung der Auswahlaspekte dem Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit unterwirft, enthält § 1 Abs. 5 KSchG eine solche Beschränkung nicht. Zum anderen enthält auch die Gesetzesbegründung den Hinweis, dass die „Überprüfbarkeit der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt (ist). Das betrifft die Richtigkeit der Sozialauswahl in jeder Hinsicht, also auch die Frage der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer und der Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG“ (BT-Drs. 15/1204, S. 12). Schließlich spricht auch der Gesetzeszweck für einen weiten Anwendungsbereich des eingeschränkten Überprüfungsmaßstabs. Gerade im Falle einer Betriebsänderung mit dem daraus folgenden kollektiven Kündigungssachverhalt soll der individuelle Kündigungsschutz nach § 1 KSchG durch kollektive Regelungselemente der Betriebsparteien ergänzt werden. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, der Betriebsrat werde im Regelfall seiner Verantwortung gegenüber den von ihm repräsentierten Arbeitnehmern wahrnehmen, deshalb nur unvermeidbaren Entlassungen zustimmen und darauf achten, dass bei der Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt werden.

Eine **grobe Fehlerhaftigkeit** liegt vor, wenn bei der sozialen Auswahl ein evidenter, d. h. ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich insbesondere bei der Gewichtung der Kriterien, bei der Bildung der auswahlrelevanten Gruppe und der Auswahl der Leistungsträger jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 3; 21. 2. 2002, a. a. O. (Bildung von 54 Auswahlgruppen innerhalb der Angestellten nach Tätigkeitsfunktionen); 28. 8. 2003, a. a. O.). Ein grober Fehler wird allgemein angenommen, wenn eines der vier sozialen Basisdaten gar nicht berücksichtigt wurde, beispielsweise nur auf die Betriebszugehörigkeit abgestellt wurde (BAG 2. 12. 1999 – EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 42), oder ein „ins Auge springender, schwerer Fehler“ bei der Gewichtung vorliegt, d. h., wenn man selbst bei Anwendung einer großzügig bemessenen Toleranzgrenze über die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nicht mehr ernsthaft diskutieren kann (Bader, NZA 2004, 183). Grob fehlerhaft wird es auch sein, wenn der Arbeitgeber einen an sich sozial weniger schutzwürdigen „Leistungsträger“ behalten will

und die betrieblichen Interessen „übermäßig“ gegenüber den sozialen Belangen des gekündigten Arbeitnehmers gewichtet (BAG v. 12. 4. 2002, a. a. O.; Kappenhagen, FA 2004, 39).

Der Arbeitgeber ist **nicht** von seiner Verpflichtung nach § 1 Abs. 3 S. 1 a.E. KSchG entbunden, auf Verlangen des Arbeitnehmers im Prozess die Gründe für die getroffene Sozialauswahl einschließlich der Gründe für die Ausklammerung einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl (= betriebliche Interessen) substantiiert mitzuteilen (BAG v. 10. 2. 1999 – 2 AZR 716/98 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 38; 21. 2. 2002, a. a. O.; 12. 4. 2002, a. a. O.; 22. 1. 2004, a.a.O.). Der Regierungsentwurf führt ausdrücklich aus, dass der Arbeitgeber auch im Fall „der Aufstellung einer Namensliste dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe für die getroffene Sozialauswahl anzugeben hat. Dieser Auskunftsanspruch ergibt sich aus § 1 Abs. 3 S. 1 a.E. KSchG, der hier entsprechend gilt“ (BT-Drs. 15/1587 S. 30).

### c) Nachträgliche Änderung der Sachlage

Die Vermutungswirkung entfällt nach § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG, wenn sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs **wesentlich** geändert hat, bspw. wenn die geplante Betriebsänderung nicht – oder nur in reduzierter Form – stattfindet.

Damit beseitigt nicht jede Änderung die Wirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG. Das Gesetz enthält jedoch keine weiteren Hinweise zur näheren Bestimmung des „Wesentlichkeitskriteriums“. Sicherlich ändert sich die Sachlage im Hinblick auf § 1 Abs. 5 KSchG noch nicht wesentlich, wenn bspw. ein namentlich genannter Arbeitnehmer zwischen Aufstellung der Namensliste und Kündigungsausspruch Vater von Drillingen geworden ist.

Eine wesentliche Änderung der Sachlage ist u. a. anzunehmen, wenn sich die im Interessenausgleich vorgesehene Zahl der zur Kündigung vorgesehenen Arbeitnehmer erheblich verringert hat (BT-Drs. 15/1204, S. 12). Eine geringfügige Veränderung genügt nicht (BAG 21. 2. 2002, a. a. O.; 22. 1. 2004, a. a. O.; Gaul/Süßbrich, ArbRB 2004, 225). Das BAG hat nunmehr in seiner Entscheidung vom 22. 1. 2004 ausgeführt, dass die Sachlage sich so wesentlich geändert haben müsse, dass von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Interessenausgleichs auszugehen sei. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der wesentlichen Änderung sei der Kündigungszeitpunkt. Wesentlich sei die Änderung dann, wenn nicht ernsthaft bezweifelt werden könne, dass beide Betriebspartner oder einer von ihnen den Interessenausgleich in Kenntnis der späteren Änderung nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätte. Dies sei bspw. der Fall, wenn sich nachträglich ergebe, dass nun gar keine oder eine andere Betriebsänderung durchgeführt werden solle oder dass die Anzahl der mit ihr verbundenen Kündigungen erheblich verringert werde (BAG v. 22. 1. 2004, a. a. O.).



Dieser Maßstab ist wenig präzise. Es spricht viel dafür, dass zumindest solche (personellen) Änderungen als wesentlich zu qualifizieren sind, die – und dies klingt in der Entscheidung vom 22. 1. 2004 an – ihrerseits selbst eine Betriebsänderungen i.S.d. § 111 f. BetrVG darstellen würden. Kein Anwendungsfall des § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG ist es, wenn zwischen Abschluss des Interessenausgleichs und Ausspruch der Kündigung ein (anderer) Arbeitsplatz frei wird; der gekündigte Arbeitnehmer kann dann ggf. die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG widerlegen. Ähnliches gilt, wenn einige der im Interessenausgleich namentlich genannten Arbeitnehmer nicht entlassen werden. Schöpft der Arbeitgeber die Namensliste nicht aus, kann er allerdings die Entscheidung, welchen Arbeitnehmern aus der Namensliste gekündigt wird, nicht nach Gutdünken treffen; unter ihnen muss nach sozialen Kriterien ausgewählt werden (*Bütefisch*, Die Sozialauswahl, S. 474; *Hanau*, ZIP 2004, 1172). Es ist nicht einsichtig, dass der Arbeitgeber insoweit frei auswählen kann, wem der Arbeitsplatz nunmehr erhalten bleiben soll. Praktisch könnte dies bedeuten, dass die Betriebspartner ggf. durch eine Reihung in der Namensliste Vorsorge für den Fall treffen sollten, dass die Kündigungen die Namensliste nicht ausschöpfen.

## § 1 a KSchG schützt vor Sperrfrist

*Dr. Hans-Georg Meier, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

In seinem in diesem Heft besprochenen Handbuch zum Aufhebungsvertrag vertritt Bauer die Auffassung, wer eine Kündigung hinnehme, die mit einem Angebot nach § 1 a KSchG verbunden ist, könne nicht mit einer Sperrfrist belegt werden. Diese Auffassung hat nun auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit in einem Briefwechsel mit unserem Kollegen Dr. Wulf Albach aus Darmstadt vertreten.

Der Kollege Dr. Albach hatte sich beim Bundesministerium über die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18. Dezember 2003 beklagt, wonach ein Abwicklungsvertrag eine Sperrzeit auslöst. Das Bundesministerium hat die Entscheidung des Bundessozialgerichts verteidigt. Die Konstruktion des Abwicklungsvertrages diene in erster Linie dazu, die mit der Sperrzeitregelung vom Gesetzgeber getroffene Interessenabwägung zwischen dem Arbeitslosen und der Versichertengemeinschaft zu umgehen, d. h. die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Entlassungsschädigung. Ziel sei es vielfach, eine einvernehmliche Lösung des Arbeitsverhältnisses gegen eine Abfindungszah-

### d) Betriebsratsbeteiligung

Entgegen vielfach geäußelter Meinung entbindet der Interessenausgleich mit Namensliste den Arbeitgeber nicht von einer Anhörung des Betriebsrats zu den beabsichtigten konkreten Kündigungen nach § 102 BetrVG. § 1 Abs. 5 KSchG suspendiert den Arbeitgeber nicht von dieser Pflicht. Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste unterliegt die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG grundsätzlich keinen erleichterten Anforderungen (BAG 28. 8. 2003 – 2 AZR 377/02). Allein der Hinweis des Arbeitgebers, im Kündigungsschutzprozess müsse er nur die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG vortragen – was er gegenüber dem Betriebsrat auch getan habe (Interessenausgleich mit Namensliste und Arbeitnehmer an Nr. X der Namensliste) –, reicht zur ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung nicht aus. Allerdings braucht der Arbeitgeber dem Betriebsrat nicht mehr solche Fakten mitzuteilen, die der Betriebsrat – z. B. aus den Verhandlungen über den Interessenausgleich – schon kennt.

Teil II folgt in AE 1/05

lung bei gleichzeitiger sofortiger Lebensunterhaltssicherung durch die Arbeitslosenversicherung zu erreichen, obwohl dem Arbeitnehmer ein wichtiger Grund zur Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Verfügung stehe.

Sodann betont das Bundesministerium jedoch, die Entscheidung habe

*„nach Auffassung der Bundesregierung keine Auswirkung auf die in § 1 a KSchG vorgesehene Lösung von Arbeitsverhältnissen. Nimmt der Arbeitnehmer eine im Rahmen dieser gesetzlichen Neuregelung ausgesprochene Kündigung – wie vom Gesetz vorgesehen – hin, tritt keine Sperrzeit beim Anspruch auf Arbeitslosengeld ein. Die Bundesagentur für Arbeit verfährt entsprechend. Diese Auffassung ergibt sich bereits aus Sinn und Zweck des insoweit geänderten Kündigungsschutzverfahrens. Einer ausdrücklichen ergänzenden Regelung im Dritten Buch Sozialgesetzbuch bedarf es daher nicht“ (Schreiben vom 22. September 2004, AZ: II B 2/96 – Albach).*

Jedenfalls die Ausführungen zu § 1 a KSchG sind uneingeschränkt zu begrüßen.

## Noch einmal: Streitwertrechtsprechung des Sächsischen LAG bei Änderungskündigungen

Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig

Zu früh gejubelt: In AE 2004, 10 hat der unter Änderungsschutzverfahren wirtschaftlich darbedende Autor eine Änderung der Rechtsprechung der Beschwerdekammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts zur Streitwertbemessung bei Änderungskündigung ausgemacht. Allein, es war ein Irrtum. Mit Beschluss vom 29.03.2004 (siehe Entscheidung Nr. 515 in diesem Heft) belehrt die 4. Kammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts darüber, dass die Streitwertbemessung der Umwandlung eines Vollzeitverhältnisses in ein Teilzeitarbeitsverhältnis bzw. einer Stundenaufstockung reduzierter Arbeitszeit (36facher Differenzbetrag zwischen alten und neuen Vertragsbedingungen, begrenzt durch das dreifache Bruttomonatseinkommen gemäß § 12 Abs. 7 S. 1 ArbGG) nichts mit dem Streitwert einer Änderungskündigung zu tun habe, ein Rückschluss also unzulässig sei.

Nun sind Änderungskündigungsschutzklagen regelmäßig kaum weniger umfangreich als Kündigungsschutzklagen. Eine kostendeckende anwaltliche Vertretung, jedenfalls ohne Honorarvereinbarung, ist bei Annahme des lediglich dreifachen Monatsdifferenzbetrages als Streitwert nicht möglich. Die zu erwartenden Vergütungserlöse stehen im diametralen Gegensatz zum Arbeitsaufwand. Es bedarf daher einer umfassenden Auseinandersetzung mit der wenig systematischen, realitätsfernen und geradezu anwaltsfeindlichen Rechtsprechung der Beschwerdekammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts. Wenn Anwälte derartige Verfahren nicht mehr übernehmen können, ist weder den Mandanten noch den Gerichten gedient. Es geht dabei durchaus um die Herstellung von Gebührengerechtigkeit (siehe LAG Hamm vom 21.11.1985, LAGE § 12 ArbGG 1979, Streitwert Nr. 43), wozu auch die Zahlung angemessener Vergütung für anwaltliche Leistung gehört.

### a) § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG ist Ausnahmeregelung

Die Beschwerdekammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass als Bewertungsgrundlage nur § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG in Betracht komme. Dabei hat sie, von Ausnahmen abgesehen, es bisher abgelehnt, „den Änderungsschutzprozess unter Beachtung des Höchstwertes des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG nach Maßgabe der Bewertungsnorm für Rechtsstreitigkeiten über wiederkehrende Leistungen zu bewerten“ (a. a. O.). Deshalb nimmt sie an, als Gegenstandswert in Verfahren, denen Änderungskündigungen zugrunde liegen und bei denen die Änderung der Arbeitsbedingungen unter Vorbehalt angenommen wurden, sei lediglich vom dreimonatlichen Dif-

ferenzbetrag auszugehen (siehe Beschluss vom 29.03.2004 – 4 Ta 33/04–10 –). Damit steht sie im Widerspruch zu einem Teil der Rechtsprechung, insbesondere auch des Bundesarbeitsgerichts ( BAG Beschluss vom 30.11.1984 – 2 AZN 572/82 (B) AP Nr. 9 zu § 12 ArbGG 1979; Beschluss vom 23.03.1989 – 7 AZR 527/85 –, EzA Nr. 64 zu § 12 ArbGG 1979 Streitwert).

Der Ansatz der Beschwerdekammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts verkennt, dass es sich bei § 12 Abs. 7, insbesondere Satz 1, ArbGG um eine Sonderregelung handelt, die ausschließlich sozial motiviert ist. Bei Streitigkeiten von an sich, nach allgemeinen Kriterien, besonders hoch zu bemessendem Interesse der Arbeitnehmer, nämlich solchen um die wirtschaftliche Lebensgrundlage und berufliche Existenz, wird eine Deckelung der Kosten vorgenommen. Gerade im Hinblick auf die Kostentragungsverpflichtung nach § 12 a ArbGG sollen – ausnahmsweise – die Kosten nicht nach einem üblichen Gegenstandswert des dreijährigen bzw. dreieinhalbjährigen Leistungsbezugs (§ 9 ZPO) gerechnet, sondern günstiger gestaltet werden (vgl. *Grunsky*, ArbGG, Kommentar, 5. Aufl. 1987, § 12 Rn 3 – schon die Überschrift lautet: „Sonderregelung des Abs. 7“; *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 3. Aufl. 1999, § 12 Rn 89; BAG, Beschluss vom 30.11.1984 – 2 AZN 572/82 (B) – AP Nr. 9 zu § 12 ArbGG 1979).

Wenn es sich aber nach der wohl herrschenden Auffassung bei § 12 Abs. 7 – Sätze 1 und 2 – um Sonderregelungen handelt, durch die der Gegenstandswert auf einen Höchstbetrag gedeckelt wird, sind nicht deshalb auch in allen sonstigen arbeitsgerichtlichen Verfahren Verhältnismäßigkeitsanpassungen hinsichtlich deren Gegenstandswerte vorzunehmen. Mit § 12 Abs. 7 Sätze 1 und 2 ArbGG wurden Obergrenzen hinsichtlich der Gegenstandswerte für die dort erwähnten Angelegenheiten festgelegt. Bis zu dieser Obergrenze, die sich damit auch einem Regelwert in arbeitsgerichtlichen Verfahren annähern könnte, verbleibt es bei den allgemeinen Bemessungskriterien.

Für dieses Verständnis spricht allein schon der Wertungswiderspruch zwischen § 12 Abs. 7 Sätze 1 und 2 ArbGG: Der Wert nach Satz 2, beispielsweise bezüglich einer Eingruppierung, wird – trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses – häufig höher sein, als der Wert nach Satz 1, bei dem der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses überhaupt in Frage steht. Allein schon dieser gesetzliche Wertungswiderspruch entzieht der Argumentation die Grundlage, die Änderung von Arbeitsbedingungen könne nicht höher bewertet werden, als der Streit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

überhaupt; schon der Gesetzgeber hat eine andere Wertung getroffen. § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG ist also nicht nur eine Sonder-, sondern auch eine Ausnahmeregelung, die auf die relativ meisten arbeitsgerichtlichen Verfahren (Kündigungsschutzverfahren) wegen der sozialen und gesellschaftlichen Auswirkung Bezug nimmt.

### b) „lächerlich geringer Streitwert“

Es geht somit insofern gerade nicht um Gebühren- oder Kostengerechtigkeit.

„Gebührengerechtigkeit“ bezieht sich auf den nach Gebühren abrechnenden Verfahrensbevollmächtigten. Für ihn ist Vergütung gerecht, die seinem zeitlichen und gedanklichen Aufwand, sowie Haftungsrisiko Rechnung trägt. Etwas anderes ist die Kostengerechtigkeit, bezogen auf die Partei, die grundsätzlich Kostenschuldner ist. Für sie ist gerecht, was ihrem ideellen und materiellen Interesse unter Berücksichtigung des Verfahrensaufwandes entspricht. Das Kriterium einer unterschiedlichen Gewichtung verschiedener Verfahren (Kündigungsschutz, Änderungskündigungsschutz, Entfernung einer Abmahnung, Erteilung eines Zeugnisses, Zahlungsanspruch, Urlaubsgewährung etc.) trägt zum Gerechtigkeitsempfinden kaum bei.

Es sei zur Verdeutlichung der Problemstellung eine Fallgestaltung, sicherlich etwas zugespitzt, aber keineswegs realitätsfern, gestattet: Man stelle sich den Arbeitgeber vor, der abgestuft, Monat für Monat, materielle Vertragskonditionen im Bereich des Mindestgegenstandswertes von € 300,00 vornimmt, der also beispielsweise jeden Monat eine Änderungskündigung mit einer Vergütungsreduzierung von € 100,00 vornimmt. Nach Abwarten der Frist von § 4 KSchG, ohne dass Klage erhoben wäre, wird jeweils die nächste Änderungskündigung ausgesprochen. Diese Änderungskündigungen mögen geradezu offenkundig sozial ungerechtfertigt sein – dennoch wird ein Arbeitnehmer, sofern er keinen gewerkschaftlichen Rechtsschutz genießt, schon gar nicht ein Arbeitnehmer, der auf Prozesskostenhilfe angewiesen ist, gegen die Änderungskündigungen mit anwaltlichem Beistand vorgehen können, da die Verfahren im Bereich des Mindestgegenstandswertes nicht nur nicht kostendeckend betrieben werden könnten, sondern für eine Anwaltskanzlei, die öfters mit solchen Verfahren belastet wäre, sich geradezu ruinös auswirken würden (vgl. auch bezüglich „lächerlich geringer Streitwerte“ *Frohner*, BB 1980, 1529; *KR-Friedrich*, 6. Aufl., 2002, § 4 KSchG Rn 292).

### c) Synallagma als Anknüpfung

Im Gegenstandswert gelangt der Streitgegenstand, bestimmt durch Klageantrag und Klagebegründung, zu einer Wertbestimmung. Bei einer Änderungskündigung geht es aber regelmäßig nicht allein um die materielle Veränderung des Arbeitsverhältnisses, sondern um den Schutz des Vertragsinhalts, vor

allem das ausgewogene Verhältnis der von beiden Parteien wechselseitig zu erbringenden Leistungen. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses selbst mag außer Streit stehen. Dem Kläger geht es darum, ihr Arbeitsverhältnis so zu sichern, wie es bisher bestanden hat. Demnach hat das Arbeitsgericht seine Prüfung nicht nur darauf zu beschränken, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist, sondern weitere Umstände, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führen können, bei entsprechender Geltendmachung zu berücksichtigen (z. B. fehlerhafte Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG oder fehlende Zustimmung nach § 85 SGB IX). Die Vergütungsdifferenz kann bei der Wertbemessung nicht, jedenfalls nicht hauptsächlich, in den Vordergrund gestellt werden (ähnlich LAG Brandenburg vom 19.02.2004 – 6 Ta 203/03 –, AE 2004, 206, und Entscheidung vom 01.10.2003 – 6 Ta 130/03 –).

Meist sind die Kläger bereits durch die Änderungskündigung in einer Situation, in der sie nicht mehr am Arbeitsverhältnis festhalten wollen. Lediglich aufgrund der allgemeinen Arbeitsmarktlage müssen sie, trotz „innerer Kündigung“ – zunächst einmal vorsorglich unter Vorbehalt das Änderungsangebot annehmen, um ausreichend Zeit zu gewinnen, sich aus einem Beschäftigungsverhältnis heraus anderweitig zu orientieren. Das Synallagma des Arbeitsvertrages war bereits durch die angekündigte Vergütungsreduzierung wesentlich gestört.

Es ist die Frage aufzuwerfen, wie denn der Gegenstandswert festzusetzen wäre, wenn beispielsweise ein Kläger ohne Vergütungsminde rung von der Funktion eines Sachbearbeiters zum Sachbearbeiter degradiert würden. Dass dies nicht durch Ausübung des Direktionsrechts erfolgen kann, dürfte auf der Hand liegen; es bedürfte also einer Änderungskündigung. Allerdings wäre hier der theoretische Null-Gegenstandswert anzusetzen, da eben keine Vergütungsminde rung mit der Degradierung verbunden ist. Da dies nicht sein kann, denn jedes Verfahren muss einen positiven Gegenstandswert haben, müsste man dem Charakter als nicht vermögensrechtlicher Streitigkeit im Sinne von § 12 Abs. 2 GKG Rechnung tragen (vgl. LAG Berlin, EzA Nr. 1 zu § 64 ArbGG). Demnach wäre der Auffangwert gemäß § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG, bzw. § 8 Abs. 2 Satz 2 BRAGO in Höhe von € 4.000,00 in Ansatz zu bringen (vgl. LAG Berlin vom 13.10.1980 – 9 Sa 54/80 – EzA Nr. 4 zu § 64 ArbGG 1979). Ein eventuell hinzutretender materieller Verlust wäre zusätzlich, also den Auffangwert erhöhend, zu berücksichtigen.

### d) Zurück zur Regel: § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG

Nicht recht nachzuvollziehen ist, warum die Beschwerdekammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts meint, nicht nach § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG verfahren zu können. Jedenfalls in der Entscheidung vom 29.03.2004 – 4 Ta 33/04–10 – verzichtet das LAG insoweit auf eine Begründung, bzw. ersetzt die Begründung durch Berufen auf ein längeres Zitat aus einer

(älteren) Entscheidung der 8. Kammer des LAG Hamm vom 21.11.1985 (LAGE Nr. 43 zu § 12 ArbGG 1979), das den Gesichtspunkt der „Gebührengerechtigkeit“ als maßgeblich betont.

Es müssen aber bereits angesichts des Gesetzeswortlauts Zweifel auftreten, ob es zur Interpretation des Gesetzes des eher metaphysischen Begriffs der Gebührengerechtigkeit bedarf. Nach § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG ist vom dreijährigen Unterschiedsbetrag zur begehrten Vergütung insbesondere bei „Rechtsstreitigkeiten über Eingruppierungen“ auszugehen. Diese Norm regelt nicht nur die Höhergruppierung im Rahmen von Eingruppierungsfeststellungsklagen von Beschäftigten, sondern auch mögliche Rückgruppierungen, die unter Umständen im Wege einer Änderungskündigung durchgesetzt werden sollen.

Auch hier muss man sich vergegenwärtigen, dass die im Wege des Direktionsrechts vorgenommene oder korrigierende Rückgruppierung, bei der zweifellos auf § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG abzustellen ist, nicht anders, jedenfalls nicht geringer, zu bewerten ist, als eine – gewichtigere – Rückgruppierung, die über eine Änderungskündigung vorgenommen wird – wie im Ausgangsfall. Dagegen erlangt das Argument des Beschwerdegerichts, § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG passe auf Änderungsschutzklagen nicht, da es in dieser nicht um die Ausurteilung wiederkehrender Leistungen gehe, keine Überzeugungskraft. Gerade wenn das Gericht an anderer Stelle mit Gebühren- bzw. Kostengerechtigkeit argumentiert, kann es nicht eine Änderungskündigungsschutzklage mit dem Ziel einer Rückgruppierung geringer bewerten als die Rückgruppierung ohne vorherige Änderungskündigung.

Die Kritik des Beschwerdegerichts am Bundesarbeitsgericht, der das Beschwerdegericht meint nicht folgen zu können, ist daher weder aus gesetzessystematischen Gründen noch aus solchen der Gebührengerechtigkeit nachvollziehbar. Dabei ist dem Beschwerdegericht durchaus zu konzедieren, dass das Bundesarbeitsgericht in Gebührenstreitigkeiten nicht das am Ende des Rechtszuges abschließend entscheidende Gericht ist. Jedoch sollte schon aus Gründen der Rechtseinheit dem Bundesarbeitsgericht gefolgt werden (ebenso KR-Rost, § 2 KSchG, Rn 174 a).

#### e) Wenig verständliche Differenzierung

In Entscheidungen vom 15.12.2003 – 4 Ta 277/03–5 – und vom 11.11.2003 – 4 Ta 276/03–6 – war das Beschwerdegericht vom 36fachen Differenzbetrag, limitiert auf die dreifache Bruttomonatsvergütung, ausgegangen. Den Entscheidun-

gen könnte auch für Änderungskündigungen weitgehend gefolgt werden, wenn auch die Ableitung der Begrenzung analog § 12 Abs. 7 S. 1 ArbGG nicht ganz nachvollzogen werden kann, aber jedenfalls nicht unbillig erscheint. Nicht vorstellbar erscheint jedoch, dass das Beschwerdekammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts zwischen den Gegenstandswertbemessungen bei Änderungskündigungsschutzklagen und den in den genannten Entscheidungen zugrunde liegenden Problemfeldern (befristete Erhöhung des wöchentlichen Arbeitsumfangs) differenzieren könnte (vgl. die Entscheidungsbesprechung von Gross in AE 2004, 10). Das Beschwerdegericht nimmt in dem Beschluss vom 29.03.2004 – 4 Ta 33/04–10 – auf die Differenzierung nochmals ausdrücklich Bezug und hält hieran fest, wobei es zugleich auch noch die Entscheidung vom 28.04.2003 – 4 Ta 93/03 – einbezieht, in der es um die Umwandlung eines Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis ging. Allerdings lässt sich der Entscheidung leider keine Begründung für diese wenig verständliche Differenzierung entnehmen. Das Beschwerdegericht führt lediglich aus, es sei in den herangezogenen Entscheidungen unter anderem um die „Gestaltung (Höhe der Arbeitszeit)“ gegangen, während es vorliegend um die Reduzierung der Vergütung im Wege einer Änderungskündigung ging. Was ist, fragt der rechtsuchende Anwalt, der materielle Unterschied? Ist es denn gerecht oder auch nur billig, den Streit um die relativ geringe Stundenaufstockung bei unzweifelhaftem Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses, um ein Vielfaches höher zu bewerten, als die mittels einer Änderungskündigung durchgesetzte Rückgruppierung? Materiell entspricht die Höher- bzw. Mindervergütung in beiden Fällen fast dem gleichen Wert.

Der Autor ist sich bewusst, dass die Argumentation hinsichtlich der unbedingten Vergleichbarkeit der den genannten Entscheidungen zugrunde liegenden Verfahrensgegenstände, bei denen es sich eben jeweils um Anspruch auf wiederkehrende Leistungen im Sinne von § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG handelt, höchst gefährlich ist: Selbstverständlich könnte das Beschwerdegericht die Einheitlichkeit auch durch Nivellierung auf dem niedrigsten Niveau herstellen und somit dem Vorwurf einer ungleichen Behandlung gleicher bzw. zumindest vergleichbarer Verfahrensgegenstände entgehen. Dies würde aber im Zuständigkeitsbereich des Beschwerdegerichts eine gebührenrechtliche Sonderzone begründen, die wenig nachvollziehbar erschiene. Nach diessseitiger Auffassung sprechen im Sinne vorstehender Ausführungen schlagende Argumente für eine Anwendbarkeit auf entsprechende Sachverhalte von § 12 Abs. 7 Satz 2, allenfalls limitiert durch die Obergrenze nach Satz 1, ArbGG.



## Das Antidiskriminierungsgesetz – zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens

Die EU hat in drei Richtlinien aus den Jahren 2000 und 2002 ihren Mitgliedsstaaten aufgegeben, nach Maßgabe der Richtlinien Gesetze zum Schutz der EU-Bürger vor Diskriminierung zu erlassen. Die Umsetzungsfrist dafür lief am 31. Dezember 2003 ab. Gemeinsam mit der Mehrzahl der EU-Mitgliedsstaaten hat auch Deutschland die Frist nicht eingehalten.

Das zuständige Ministerium hat im Sommer diesen Jahres einen Gesetzesentwurf erarbeitet, der zur Zeit überarbeitet wird. Wegen der EU-Vorgaben ist mit einer wesentlichen inhaltlichen Änderung aber nicht zu rechnen. Der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (nicht zu verwechseln mit dem Geschäftsführungsausschuss der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV) hat auf der Basis des Referentenentwurfs eine Stellungnahme verfasst, um sich möglichst frühzeitig in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen. AE stellt sich gern als Diskussionsforum der Mitglieder zu diesem Thema zur Verfügung. Im Rahmen der Diskussion gilt es jedoch zu bedenken, dass der nationale Gesetzgeber inhaltlich weitgehend durch die Richtlinie gebunden ist. Wer sich gegen den Inhalt der Richtlinie wendet und nicht gegen den nationalen Gesetzgeber, mag das deutlich machen. Um die Mitglieder auf den notwendigen Informationsstand zu bringen, drucken wir nachfolgend die beiden arbeitsrechtlich interessierenden Teile des Artikelgesetzes ab und anschließend die Stellungnahme des Arbeitsrechtsausschusses:

### Artikel 2

#### Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf (Arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz – AADG)

#### Teil 1 Allgemeine Vorschriften

##### § 1 Ziel des Gesetzes

(1) Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität in Beschäftigung und Beruf zu verhindern oder zu beseitigen.

(2) Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung dieses Ziels mitzuwirken.

##### § 2 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz findet Anwendung auf

1. individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Begründung, Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie für den

beruflichen Aufstieg; hierzu zählen insbesondere Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt;

2. den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung;
3. die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen.

(2) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer;
2. die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten;
3. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten.
4. Beamtinnen und Beamte des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,
5. Richterinnen und Richter des Bundes und der Länder,
6. Soldatinnen und Soldaten (§ 21).

Als Beschäftigte gelten auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

(3) Arbeitgeber (Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen) im Sinne dieses Gesetzes sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 2 beschäftigen. Werden Beschäftigte einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen, so gilt auch dieser als Arbeitgeber im Sinne dieses Gesetzes. Für die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

#### Teil 2 Verbot der Benachteiligung

##### § 3 Benachteiligungsverbot

(1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt. Belästigung, sexuelle Belästigung und die Anweisung zu einer Benachteiligung gelten als Benachteiligung.

(2) Eine Benachteiligung nach Abs. 1 ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten.

(3) Die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung wird durch dieses Gesetz nicht berührt. Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen.

#### § 4 Begriffsbestimmungen

(1) Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes oder eines damit in Zusammenhang stehenden Merkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die ungünstigere Behandlung einer Frau in Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaft ist eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.

(2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Maßnahmen, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes in besonderer Weise gegenüber anderen Personen benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Maßnahmen, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen.

(3) Eine Belästigung liegt vor, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 Abs. 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

(4) Eine sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten die in Absatz 3 beschriebenen Folgen bezweckt oder bewirkt.

(5) Eine Anweisung zur Benachteiligung liegt vor, wenn jemand eine Person dazu bestimmt, einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes zu benachteiligen.

#### § 5 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen

(1) Eine unterschiedliche Behandlung wegen

1. des Geschlechts ist zulässig, wenn das Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist;
2. eines sonstigen in § 1 Abs. 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

sentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

(2) Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für eine unterschiedliche Behandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem in § 1 Abs. 1 genannten Grund steht.

#### § 6 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

(1) Ungeachtet des § 5 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgesellschaften und Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung angesichts des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung nach der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

(2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung berührt nicht die nach anderen Rechtsvorschriften bestehende Berechtigung der in Absatz 1 genannten Religionsgesellschaften oder Weltanschauungsvereinigungen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.

#### § 7 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

Ungeachtet des § 5 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;
2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang

zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;

3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand;
4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen.

### § 8 Positive Maßnahmen

Ungeachtet der §§ 5 bis 7 ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen tatsächliche Nachteile wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

### § 9 Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe

Bei einer unterschiedlichen Behandlung wegen mehrerer der in § 1 Abs. 1 genannten Gründe muss sich die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung auf jeden einzelnen Grund beziehen. Eine nach den §§ 5 bis 8 zulässige unterschiedliche Behandlung wegen eines der in § 1 Abs. 1 genannten Gründe rechtfertigt allein keine unterschiedliche Behandlung aus einem anderen in § 1 Abs. 1 genannten Grund.

## Teil 3 Organisationspflichten des Arbeitgebers

### § 10 Ausschreibung

Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoß gegen § 3 Abs. 1 ausgeschrieben werden.

### § 11 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen. Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben.

(2) Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen

zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

(3) Verstoßen Dritte gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen.

(4) Dieses Gesetz, das Gesetz über die Stelle des Bundes zum Schutz vor Diskriminierungen und § 61 b des Arbeitsgerichtsgesetzes sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 12 zuständigen Stellen sind im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen.

## Teil 4 Rechte der Beschäftigten

### § 12 Beschwerderecht

(1) Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei einer zuständigen Stelle des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen.

(2) Die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

### § 13 Leistungsverweigerungsrecht

Ergreift der Arbeitgeber im Einzelfall keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Benachteiligung wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 BGB bleibt unberührt.

### § 14 Entschädigung

(1) Verstößt der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1, so kann der oder die Beschäftigte zum Ausgleich des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu bemessen. Die Höhe der Entschädigung muss geeignet sein, den Arbeitgeber von künftigen Benachteiligungen abzuhalten.

(2) Ein Anspruch nach Absatz 1 muss innerhalb einer Frist von sechs Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die

Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

(3) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus sonstigen allgemeinen Rechtsvorschriften ergeben, insbesondere auf Ersatz des Vermögensschadens, unberührt. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

### § 15 Entschädigung durch den Arbeitgeber bei Benachteiligung durch Dritte

Der Arbeitgeber ist auch zur Zahlung einer Entschädigung nach § 14 verpflichtet, wenn die Benachteiligung wegen eines in § 1 Abs. 1 genannten Grundes

1. durch Beschäftigte, die im Namen des Arbeitgebers gegenüber anderen Beschäftigten Weisungen erteilen dürfen, in Ausübung dieser Befugnisse erfolgt,

oder

2. durch sonstige Beschäftigte oder Dritte erfolgt und der Arbeitgeber seine Verpflichtung aus § 11 Abs. 1 bis 3 schuldhaft verletzt hat.

### § 16 Maßregelungsverbot

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Gesetz oder wegen der Weigerung, eine gegen dieses Gesetz verstoßende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeugen oder Zeugen aussagen.

(2) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt.

## Teil 5 Gerichtlicher Rechtsschutz

### § 17 Beweislast

(1) Wird ein Anspruch aus diesem Gesetz wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1 geltend gemacht, trägt der oder die Beschäftigte die Beweislast für das Vorliegen der unterschiedlichen Behandlung. Der oder die Beschäftigte hat die Tatsachen darzulegen, die vermuten lassen, dass die unterschiedliche Behandlung wegen eines in

§ 1 Abs. 1 genannten Grundes erfolgt ist. Hält im Streitfall das Gericht das Vorliegen solcher Tatsachen für überwiegend wahrscheinlich, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die unterschiedliche Behandlung keine Verletzung des Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1 darstellt.

(2) Absatz 1 gilt in den Fällen des § 16 entsprechend.

### § 18 Prozessstandschaft der Verbände

Werden Beschäftigte in ihren Rechten nach diesem Gesetz verletzt, können an ihrer Stelle und mit ihrem Einverständnis Verbände klagen, die nach ihrer Satzung die Interessen von Personen in Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft, dem Geschlecht, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Identität vertreten und nicht selbst am Prozess beteiligt sind. In diesem Fall müssen alle Verfahrensvoraussetzungen wie bei einem Rechtsschutzersuchen durch die oder den Beschäftigten selbst vorliegen. Satz 1 gilt nicht für Verbände, denen die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach dem Rechtsberatungsgesetz untersagt ist.

## Teil 6 Ergänzende Vorschriften

### § 19 Mitgliedschaft in Organisationen

(1) Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten entsprechend für den Zugang zu oder die Mitwirkung in einer

1. Organisation der Arbeitgeber oder Beschäftigten,
2. Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören oder die eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben, wenn ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft besteht,

sowie deren jeweiligen Zusammenschlüssen.

(2) Abweichend von § 14 Abs. 3 besteht ein Anspruch auf Zugang zu oder Mitwirkung in den in Absatz 1 genannten Organisationen, wenn die Ablehnung einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 Abs. 1 darstellt.

### § 20 Unabdingbarkeit

Von den Vorschriften dieses Gesetzes kann nicht zuungunsten der Beschäftigten abgewichen werden.

### § 21 Sonderregelungen für Soldatinnen und Soldaten

Für Soldatinnen und Soldaten bleiben die Vorschriften des Soldatengesetzes, der Wehrdisziplinarordnung und der Wehrbeschwerdeordnung unberührt.

### § 22 Übergangsbestimmung

Erfolgen Benachteiligungen nach § 611 a des Bürgerlichen Gesetzbuches oder § 81 Abs. 2 des Neunten Buches



Sozialgesetzbuch oder sexuelle Belästigungen nach dem Beschäftigten-Schutzgesetz vom 24. Juni 1994 (BGBl I S. 1406, 1412) vor dem (Datum des Inkrafttretens des Gesetzes), ist das zu diesem Zeitpunkt geltende Recht anzuwenden.

## § 23 Schlussbestimmung

Soweit in diesem Gesetz nicht Abweichendes bestimmt ist, gelten die allgemeinen Bestimmungen.

Berlin, im September 2004

# Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsgesetz – ADG) der Projektgruppe EuRi des Ministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

zuständiger DAV-Geschäftsführer: Rechtsanwalt Dr. Peter Hamacher, Berlin

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend hat den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen (**Antidiskriminierungsgesetz – ADG**) der Projektgruppe EuRi vorgelegt und den einschlägig betroffenen und interessierten Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet.

Der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV) hatte bereits im März 2004 zu dem Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 03. September 2003 betreffend die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien Stellung genommen. In Anknüpfung an diese erste Stellungnahme (Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 11/2004) hat der Ausschuss sich mit den arbeits- bzw. beschäftigungsrechtlich relevanten Bestandteilen dieses Artikel-Gesetzes befasst.

## I. Vorbemerkung

Die Bundesrepublik Deutschland befindet sich mit der Umsetzung der **EU-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG** teilweise im Verzug.<sup>1</sup> Der Arbeitsrechtsausschuss begrüßt deshalb, dass nunmehr der Entwurf eines Umsetzungsgesetzes vorliegt. Um weitere Rechtsunsicherheiten und Sanktionen der Kommission zu vermeiden, sollten das Gesetzgebungsverfahren umgehend zum Abschluss gebracht und die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinien in das nationale Recht umgesetzt werden.

Der jetzt vorliegende Entwurf wird vom Arbeitsrechtsausschuss des DAV im Wesentlichen als Schritt in die richtige Richtung bewertet. Gleichwohl bleibt anzumerken, dass im Hinblick auf die von der Bundesjustizministerin Zypries formulierten Zielrichtung einer **“Antidiskriminierung mit Augenmaß”** aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses noch eine Reihe von Modifikationen sinnvoll erscheinen. Darüber hinaus

erscheinen auch an einigen Stellen des Entwurfs im Interesse einer maximalen Rechtsklarheit und einer europarechtskonformen Umsetzung Ergänzungen, Präzisierungen oder Anpassungen erforderlich. Auf einige wesentliche Punkte möchte der Ausschuss bereits jetzt hinweisen, auch wenn der Entwurf des Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen noch nicht als offizieller Referenten- oder Regierungsentwurf vorliegt. Der Ausschuss behält sich jedoch vor, zu einem ggf. veränderten Entwurf ergänzend Stellung zu nehmen.

## II. Stellungnahme zum Gesetz über die Stelle des Bundes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsstellengesetz – ADSG)

Die in **§ 2 Abs. 2 ADSG** vorgesehene Beratung und tätige Mithilfe der Antidiskriminierungsstelle bei der gütlichen Beilegung von Streitigkeiten ist von den Richtlinien nicht gefordert. Nach den umzusetzenden Richtlinien haben die Mitgliedstaaten lediglich sicherzustellen, dass die Antidiskriminierungsstelle *“Opfer von Diskriminierungen auf unabhängige Weise da-*

<sup>1</sup> Die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/43/EG ist zum 19. Juli 2003 abgelaufen; die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG ist bzgl. Religion, Weltanschauung und sexuelle Identität zum 02.12.2003 abgelaufen; bzgl. Alter und Behinderung wurde gemäß Art. 18 der Richtlinie eine Verlängerung der Umsetzungsfrist bis zum 02.12.2006 beantragt; die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2002/73/EG läuft erst zum 05. Oktober 2005 ab.

bei (...) unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen.“

Der Arbeitsrechtsausschuss steht dem Beratungs- und Vermittlungsauftrag, der der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in dem Entwurf erteilt wird, schon deshalb kritisch gegenüber, weil er über die in der Richtlinie angelegte Unterstützungsfunktion hinausgeht. Zudem sprechen auch grundsätzliche Erwägungen gegen einen derartig weit gefassten Auftrag: Es ist Aufgabe der Gewerkschaften und der sachlich zuständigen Verbände sowie der rechtsberatenden Berufe, die konkrete und individuelle Rechtsberatung und Unterstützung bei einer Einigung zwischen streitenden Parteien zu bewirken. Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe sind ausreichende Mittel, um eine effektive Rechtsberatung und Rechtsverfolgung zu bewirken.

Ein Bedürfnis für eine staatliche Rechtsberatung und Mithilfe bei der Rechtsdurchsetzung besteht nicht und ist auch unter Gesichtspunkten der grundgesetzlich geforderten Gewaltenteilung bedenklich. Sie wäre zudem völlig fehl am Platze, wenn es um die Diskriminierung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst geht.

Schließlich ist zu fragen, ob die gemäß der Begründung des Gesetzentwurfes vorgesehenen Finanzmittel ausreichen können, um die Rechtsberatung sowie die Mithilfe bei der Streitbeilegung im Einzelfall zu finanzieren. Sollte der Gesetzgeber an diesen Aufgaben für die Antidiskriminierungsstelle festhalten, muss dies aus Sicht des Ausschusses zwangsläufig zu einer deutlichen Ausweitung der zur Verfügung gestellten Mittel im Bundeshaushalt führen – ein Umstand, der insbesondere im Hinblick darauf, dass weder eine europarechtliche Verpflichtung noch eine sonstige Notwendigkeit besteht, mehr als problematisch erscheint.

### III. Stellungnahme zum Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf (Arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz – AADG)

Vorbemerkung:

**Der Titel des Gesetzes ist irreführend. Gegenstand der umzusetzenden Richtlinien ist die Ungleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – ein Terminus, der nicht mit dem Begriff des „Arbeitsrechts“ gleichzusetzen ist.**

#### 1. Zu § 2 Abs. 2 AADG

Entsprechend den europarechtlichen Vorgaben, wonach es um Fragen der Ungleichbehandlung in „Beschäftigung und Beruf“ geht, beschränkt sich der Anwendungsbereich des AADG nach § 2 Abs. 2 AADG nicht nur auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern schließt arbeitnehmerähnliche Personen ebenso ein wie Richter, Beamte und Soldaten.

#### 2. Zu § 4 Abs. 3, 4 AADG

In § 4 Abs. 3 und 4 AADG heißt es, dass eine Belästigung bzw. sexuelle Belästigung vorliegt, wenn unerwünschte Verhaltensweisen eine Benachteiligung bezwecken oder bewirken. Der Gesetzgeber sollte die in dieser Vorschrift enthaltenen Begriffsbestimmungen mit subjektiver Ausrichtung, insbesondere den Begriff der unerwünschten Verhaltensweisen, durch objektive Kriterien präzisieren und so der Gefahr einer rein subjektiv determinierten „Mimosen-Justiz“ entgegenzutreten. Dabei könnte auf die Formulierung in der Begründung zum Gesetzentwurf zurückgegriffen werden. Dort heißt es, dass der Handelnde aus Sicht eines objektiven Betrachters davon ausgehen können muss, dass sein Verhalten unter den gegebenen Umständen vom Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird.

#### 3. Zu § 5 AADG

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AADG soll eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts nur zulässig sein, wenn das Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit „unverzichtbare Voraussetzung“ für die Tätigkeit ist. Ungleichbehandlungen aus den anderen von dem Diskriminierungsverbot erfassten Gründen sollen demgegenüber nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AADG möglich sein, wenn die Gründe „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellen, „sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderungen angemessen“ sind. Der Arbeitsrechtsausschuss hält die Abstufung in den Rechtfertigungsgründen nach wie vor für nicht sachgerecht: Zum einen sollte im Interesse eines schlanken Gesetzes möglichst mit einheitlichen Begrifflichkeiten gearbeitet werden. Zum anderen wird in der Praxis durch einen Verzicht auf den Rechtfertigungsgrund der „unverzichtbaren Voraussetzung“ das bisher durch § 611 a Abs. 1 BGB bestehende Schutzniveau nicht abgesenkt (was gemäß Art. 8 Abs. 2 der RL 2002/73/EG unzulässig wäre), da die Rechtsprechung den Begriff bereits sehr weit interpretiert und damit die an sich hohen Hürden abgesenkt hat (*Schlachter* spricht demgemäß im Erfurter Kommentar, 4. Aufl., § 611 a BGB, Rn 22, von einer „missglückten“ Begriffsbildung).

Aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses sollten die Rechtfertigungsgründe des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AADG auch für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts gelten.

Der Ausschuss schlägt zudem vor, dass klargestellt wird, dass auch eine rechtmäßige und mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbare **unternehmerische Zweckbestimmung** eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Diese unternehmerische Zweckbestimmung im Sinne einer Tendenzvorgabe muss objektivierbar sein und damit dem Missbrauch nicht zugänglich. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass auch zukünftig Angebote, vor allem im Dienstleistungsbereich, für spezielle Nachfragegruppen unternehmerisch in der Weise abgedeckt werden können, dass die dafür erforderlichen subjektiven personellen Voraus-

setzungen an die Beschäftigten als Auswahlkriterium zulässig bleiben (z. B. Fahrlehrerin für Frauenfahrschule, weibliches Sicherheitspersonal für Frauenhotel, Trainerinnen in einem Frauenfitnessstudio).

#### 4. Zu § 7 AADG

Der Arbeitsrechtsausschuss weist auf einen ungelösten Wertungswiderspruch bei der Umsetzung der Vorgaben hinsichtlich der Diskriminierung wegen Alters hin: *Einerseits* hat man sich entschlossen, ungeachtet der Möglichkeit, mit der Umsetzung noch bis zum 02.12.2006 zu warten, auch die Frage der Zulässigkeit der Ungleichbehandlung wegen des Alters zu regeln. *Andererseits* hat man es aber unterlassen, sich hinreichend mit der Frage auseinander zu setzen, ob und ggf. inwieweit die bestehenden Gesetze, die an das Alter als Differenzierungskriterium anknüpfen, im Lichte der Richtlinie und dem zukünftig geltenden Diskriminierungsverbot zukünftig noch Bestand haben können.

Dies gilt beispielsweise für **§ 1 Abs. 3** und **§ 9 Abs. 2 KSchG**, die jeweils gesetzlich eine im Verhältnis günstigere Behandlung von älteren Arbeitnehmern gegenüber jüngeren Arbeitnehmern anordnen.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, dass im Falle der vollständigen Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG das Alter als pauschales Differenzierungskriterium bei der Sozialauswahl u.U. nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Zwar könnte erwogen werden, den dahinter stehenden Differenzierungsgrund der Aussichten auf dem Arbeitsmarkt aufzunehmen. Dies würde aber erhebliche Probleme in der Rechtsanwendung und Beurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls mit sich bringen. Dies gilt gleichermaßen für die Frage der festzusetzenden Abfindungshöhe.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist sich im Klaren darüber, dass damit tief in das bisherige und soeben novellierte System des Kündigungsschutzes eingegriffen wird. Er verweist in diesem Zusammenhang auf seine Stellungnahme zur Reform des Kündigungsrechtes von 2003.

Der Gesetzgeber dürfte zudem nicht umhinkommen, z. B. auch die Regelungen in **§ 3 Ziffer 9 EStG**, **§ 622 BGB**, **§ 14 Abs. 3 TzBfG** einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Im Zentrum muss dabei stehen, ob legitime Ziele, also insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung für die Berücksichtigung des Alters der Beschäftigten vorliegen und ob die angewandten Mittel angemessen und erforderlich sind. Die Prüfung muss auf gesicherten empirischen Erkenntnissen bezüglich der unterschiedlichen Gruppen basieren und kann nicht mehr ohne weiteres von pauschalen und nicht fundierten Annahmen ausgehen. Mit anderen Worten, der Gesetzgeber muss eine politische Abschätzung vornehmen, die nicht abstrakt und generell, sondern immer nur konkret

bezogen auf die jeweilige Situation des Mitgliedsstaates ausgerichtet sein muss.

Der Entwurf, der sich auf die Übernahme des Wortlauts des Artikels 6 der Richtlinie 2000/78/EG beschränkt, erweckt den Eindruck, dass eine hinreichende Auseinandersetzung mit diesen Fragen bislang nicht stattgefunden hat.

Der Arbeitsrechtsausschuss bezweifelt, dass angesichts der konkreten Arbeitsmarktsituation und der Vorgabe der Beschäftigungspolitik und der Fragen der beruflichen Bildung tradierte altersbezogene Grenzen, Vorgaben und Unterscheidungen ohne weiteres gerechtfertigt sind.

#### 5. Zu § 8 AADG

Die Richtlinien stellen es in die politische Entscheidung der Mitgliedsstaaten, positive und spezifische Maßnahmen zur Förderung benachteiligter Gruppen beizubehalten oder einzuführen.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, dass **§ 8 AADG** vor diesem Hintergrund zu weit gefasst ist. Denn nach seinem Wortlaut wäre es zulässig, dass ein Arbeitgeber eine unterschiedliche Behandlung von Beschäftigten durchführt, weil er aus Gründen subjektiver Bewertung Nachteile einer Beschäftigungsgruppe ausgleichen will.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, dass solche „positiven Maßnahmen“ ausschließlich vom Gesetzgeber, ggf. von den Tarifvertragsparteien ergriffen werden dürfen, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass auf der Ebene der Rechtsanwendung das Ziel der Richtlinie, unterschiedliche Behandlung zu vermeiden, unterlaufen wird. Nach der Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses soll es nicht so sein dürfen, dass ein Arbeitgeber bevorzugt Gruppen von Beschäftigten mit bestimmten Kriterien einstellt, z. B. der sexuellen Identität oder der ethnischen Herkunft, mit der Begründung, diese Gruppen seien in der Gesellschaft oder in bestimmten Berufsgruppen benachteiligt. Solche „*affirmative actions*“ sind ausschließlich Aufgabe staatlicher Gestaltung des Arbeitsmarktes und können nicht in das Belieben einzelner Arbeitgeber gestellt werden.

#### 6. Zu § 12 AADG

Von den Richtlinien ist die Einrichtung einer **gesonderten** Beschwerdestelle **nicht** gefordert. Nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses sollte sie nicht zuletzt im Interesse der Vermeidung unnötiger bürokratischer Verfahren und Hürden unterbleiben.

Insbesondere in den Fällen, in denen die Einrichtung von Vertretungsorganen der Beschäftigten bereits gesetzlich vorgesehen ist (z. B. Betriebs- oder Personalrat), ist eine neue gesetzliche Regelung unnötig und überflüssig und führt eher zu einer verunsichernden Konkurrenzsituation. Schon nach

geltendem Recht ist es zweifelsfrei, dass jeder Beschäftigte die Möglichkeit hat, sich bei seinem Arbeitgeber zu beschweren.

**7. Zu § 14 AADG, § 61 b ArbGG**

Der Arbeitsrechtsausschuss schlägt vor, die in **§ 14 Abs. 2 Satz 1 AADG** vorgesehene 6-Monats-Frist auf 3 Monate zu verkürzen und eine anschließende Klagefrist, konform mit **§ 4 KSchG**, von 3 Wochen vorzusehen, um so schnell Rechtsklarheit im Sinne der beteiligten Parteien zu schaffen.

Zudem ist der Ausschuss der Auffassung, dass aus Gründen der Rechtssicherheit, des Datenschutzes und des Verwaltungsaufwandes Ansprüche nach **§ 14 ADGG** wegen Bewerbung spätestens 3 Monate nach der Bewerbung geltend gemacht werden müssen, sofern dem Bewerber nicht vor Ablauf der 3 Monate eine schriftliche Zwischennachricht des Arbeitgebers zugeht. Erteilt der Arbeitgeber einen solchen Zwischenbescheid, soll die 3-Monats-Frist erneut zu laufen beginnen.

Es entspricht keineswegs der Üblichkeit, dass alle Bewerbungen entweder abgelehnt oder aber akzeptiert werden. Der jetzige Gesetzesvorschlag enthält für diese häufige Fallkonstellation keine Rechtssicherheit für den Beginn der Frist. Durch

den Änderungsvorschlag soll erreicht werden, dass ein Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, möglicherweise über Jahre die Bewerbungsunterlagen einer Vielzahl von Bewerbern aufzubewahren, um in späteren Schadensersatzprozessen beweisfähig zu sein. Gleichzeitig soll erreicht werden, dass Arbeitnehmer in einem angemessenen Zeitraum Klarheit über das Schicksal einer Bewerbung erhalten.

**8. Zu § 18 AADG**

Der Arbeitsrechtsausschuss schlägt vor klarzustellen, dass auch den Gewerkschaften und Arbeitnehmer- und Beschäftigtenvereinigungen, deren satzungsgemäßes Ziel die allgemeine Wahrung und Förderung der Beschäftigungsrechte ihrer Mitglieder ist, ohne dass sie speziell die Interessen von Personen im Zusammenhang mit der Rasse etc. vertreten, eine Prozessstandschaft i. S.d. **§ 18 AADG** zukommt.

Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Berichtersteller: Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Scheffelstr. 11, D-60318 Frankfurt am Main, Tel.: +49 (0) 69 95 52 96 04, Fax: +49 (0) 69 95 52 96 07, E-Mail: ufischer@ulrichfischer.de oder Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Taunusanlage 11, D-60329 Frankfurt am Main, Tel.: +49 (0) 69 27 30 8-1 66, Fax: + 49 (0) 69 23 26 64, E-Mail: ulrike.schweibert@freshfields.com.

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>	Seite		
365. Abfindung, Verjährung	245	374. Arbeitszeitaufstockung, Lehrerin	247
366. Abfindung, Fälligkeit, Vergleich, Auf Lösungsurteil, Zwangsvollstreckung	245	375. Arbeitszeitaufstockung, freier Arbeitsplatz, gleiche Eignung, Einarbeitung als entgegenstehender betrieblicher Grund	247
367. Vertragsentwurf kein Angebot	245	376. Arbeitszeitreduzierung, Verteilung, betriebliche Gründe, Urlaubsgewährung, entgegenstehende dringende betriebliche Gründe	248
368. Annahmeverzug, Urlaubsvergütung, Urlaubsabgeltung, Überbrückungsgeld, Anspruchsübergang, anderweitiger Erwerb	245	377. Teilzeit in der Elternzeit, Bestimmtheitsanforderung an das Teilzeitverlangen, Auslegung einer Willenserklärung	249
369. Annahmeverzug; Anrechnung in Gesamtabrechnung oder pro rata temporis; böswillig unterlassener Erwerb; Dauerarbeitsverhältnis; gesetzliche Kündigungsfrist; Arbeitslosengeld, Nachweis des Nettobetrag	245	378. Arbeitszeitreduzierung, Erledigung des Teilzeitverlangens durch Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages	250
370. Arbeitsunfähigkeit während des Beschäftigungsverbots	246	379. Aufhebungsvertrag, Störung der Geschäftsgrundlage	250
371. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Erschütterung des Beweiswertes, Entgeltfortzahlung	246	380. Betriebliche Altersversorgung, Widerruf	250
372. Arbeitszeit bei streitiger Vertragsgestaltung, Arbeit auf Abruf, Ausforschungsbeweis	246	381. Betriebsübergang, Schülerbetreuung, betriebliche Identität, Personalübernahme, Funktionsnachfolge	250
373. Arbeitszeit, Reduzierung gem. § 8 TzBfG, einstweilige Verfügung	247		



382. Betriebsübergang, Wiedereinstellungsanspruch gegenüber Betriebserwerber nach Kündigung durch Insolvenzverwalter, Zumutbarkeit	251	405. Urlaubsabgeltungsanspruch und Übertragungsfrist	259
383. Betriebliche Übung, Tariflohnerhöhung	253	406. Urlaubsabgeltung, Altersteilzeit, Blockmodell	259
384. Betriebsschließung, Urlaubsübertragung, betriebliche Übung	253	407. Urlaubskürzung, unbezahlte Freistellung, einstweilige Verfügung	260
385. Arbeitsvertrag, Lage der täglichen Arbeitszeit, Bewerbungsbogen, Auslegung	253	408. Erziehungsurlaub, Vergütung, Lohnabsicherung nach Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag über die Lohn- und Gehaltssicherung für die Arbeitnehmer in der Berliner Metallindustrie vom 06.02.1979 in der Fassung vom 27.01.1988	260
386. Direktionsrecht, Versetzung, soziale Auswahl, Darlegungs- und Beweislast	254	409. Schwerbehinderung, leidensgerechter Beschäftigungsanspruch	261
387. Bemessung einer arbeitsvertraglich vereinbarten Erfolgsbeteiligung; Auslegung von Erklärungen auf einer Abteilungsversammlung; Darlegungs- und Beweislast für die Ausübung billigen Ermessens	254	410. Urlaubsabgeltung, Wahrung tarifvertraglicher Verfallfristen, Nachweisgesetz und Schadenersatz	261
388. Arbeitsvertragliche Einbeziehung diverser tariflicher Regelungen, AGB-Kontrolle als überraschende Klausel	254	411. Weiterbeschäftigungsanspruch während Zustimmungsersetzungsverfahren, einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund	261
389. Höhe der Verzugszinsen bei Ansprüchen des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt	255	412. Widerruf einer einzelvertraglich vereinbarten zusätzlichen Leistung, AGB	262
390. Keine Nettolohnvereinbarung kraft betrieblicher Übung.	255	413. Zeugnis, Wahlrecht, Erlöschen des Anspruchs	262
391. Nichterfüller-Erlass, Gleichbehandlung, Lehrer, Berufungsfrist, fehlende Urteilszustellung	255	<b>Kündigungsschutzrecht</b>	
392. Prozessvergleich, Freistellungsvereinbarung als Vergütungsanspruch bei Arbeitsunfähigkeit	255	414. Änderungskündigung, tarifvertragliche Ausschlussfrist, Betriebsratsanhörung	262
393. Prozessvergleich, Anfechtung,	256	415. Änderungskündigung, Arbeitszeitreduzierung, KW-Vermerk an Personalstelle im Haushaltsplan	262
394. Rückwirkungsverbot, Vertrauensschutz, Gleichbehandlung, Versorgungsbezüge	257	416. Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen Täuschung des Arbeitnehmers über die Absicht, seinen Hauptwohnsitz in der Nähe des Betriebssitzes zu nehmen; Kündigung wegen der Weigerung, den vertraglich vereinbarten Wohnsitzwechsel vorzunehmen; Nichtbefolgung von Anweisungen; fehlende Eignung des Arbeitnehmers; Druck von Kollegen und Vorgesetzten; Auflösungsantrag wegen Beschwerden von Kollegen und falscher Angaben des Arbeitnehmers im Zeugnisprozess	263
395. Schriftform, Vertragsänderung, Verwirkung	257	417. Auflösungsantrag bei besonderem Kündigungsschutz	263
396. Schriftformklausel, Verweigerung der Schriftform	257	418. Außerordentliche Kündigung, Manipulation der Zeiterfassung; verdeckte Videoüberwachung; Anforderung an das Bestreiten des auf die Überwachung gestützten Vorwurfs	263
397. Schriftform, Auflösungsvertrag, Treu und Glauben	257	419. Außerordentliche, verhaltensbedingte Kündigung, Bedrohung	263
398. Sprachkurs, Bildungsurlaub	257	420. Außerordentliche Kündigung der Angestellten eines Zweckverbandes durch den Verbandsvorsitzenden	263
399. Ersatz von Vorstellungskosten, Erfassung durch Ausgleichsklausel im Vergleich, Verjährung	257		
400. Vergütungsvereinbarung, Bezugnahme auf Tarifvertrag, abweichende Vereinbarung, Vergleich	258		
401. Vergütungsvereinbarung, Auslegung, Eingruppierung, Wareneingang, Lagerarbeiter	258		
402. Vertragsstrafe, Herabsetzung	258		
403. Überstunden, Arbeitszeitkonto, Verfallfrist	258		
404. Urlaubsentgelt, Masseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 3, Insolvenz, Masseunzulänglichkeit, Rechtsschutzbedürfnis in der Insolvenz	259		

421. Außerordentliche Kündigung wegen Spesenbetrugs, Abmahnungserfordernis	263	439. Kündigungserklärung, Vertretungsmacht	268
422. Fristlose Kündigung durch Erben, Arbeitnehmerstatus durch vertragliche Bestimmung, Annahmeverzug durch Bestreiten des Arbeitsverhältnisses	264	440. Kündigungsschutzklage, Feststellungsinteresse, vorläufige Weiterbeschäftigung, Schriftformerfordernis, Klageänderung durch Parteierweiterung in der Berufung	268
423. Fristlose Kündigung, Interessenabwägung	264	441. Nachträgliche Zulassung, Urlaub, Ortsabwesenheit, unentschuldigtes Fehlen	269
424. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl	264	442. Prozesskostenhilfeantrag und bedingte Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung	269
425. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsbegriff, Sozialauswahl, vergleichbare Arbeitnehmer, Darlegungs- und Beweislast	264	443. Zugang einer Kündigungserklärung, Antrag auf nachträgliche Klagezulassung im Gutetermin	269
426. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Schulungseignung, zeitnahe Eignungsprüfung	265	444. Zugang einer Kündigung durch Einwurf in den Briefkasten um 16:00 Uhr, Betriebsratsunterrichtung vor Kündigung im ersten Beschäftigungshalbjahr	269
427. Betriebsbedingte Kündigung, Outsourcing, tariflich unkündbare Mitarbeiter	265	445. Inkenntnissetzung von Kündigungsbefugnis	269
428. Betriebsbedingte Kündigung, grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl im Sinne des § 1 IV KSchG, Punkteschema	265	446. Vorlagebeschluss, EuGH, Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG, Begriff der Entlassung, Zeitpunkt der Konsultation	270
429. Betriebsbedingte Kündigung, Unternehmerentscheidung, Umorganisation, Fremdvergabe, Arbeitsverlagerung	266	<b>Betriebsverfassungs-/Personalvertretungsrecht</b>	
430. Betriebsbedingte Kündigung, Vorrang der Änderungskündigung, Ablehnung der Änderung durch den Arbeitnehmer vor der Kündigung	266	447. Rechtskraft im Beschlussverfahren, Änderung der gesetzlichen Grundlagen, Sachaufwand des Betriebsrats, Informations- und Kommunikationstechnik	270
431. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, betriebsübergreifende vertragliche Tätigkeitsbeschreibung	266	448. Beschlussverfahren, Internetseite, Schließung, Aussetzen einer Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung	270
432. Personenbedingte Kündigung, dauerhafte Unmöglichkeit der Gewährung eines Ersatzruhetages nach § 11 Abs. 3 Satz 1 ArbZG	266	449. Beteiligungsrecht nach § 83 III ArbGG, Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung	270
433. Verhaltensbedingte Kündigung, leitender Angestellter, Personalhoheit	266	450. Betriebsratswahlen, Frauenquote, Minderheitsgeschlecht, Richtervorlage, Verfassungswidrigkeit, Wahlgleichheit	271
434. Verhaltensbedingte Kündigung, Arbeitsverweigerung, Zurückbehaltungsrecht bei teilweise unberechtigt zugewiesener Tätigkeit, Direktionsrecht	266	451. Betriebsratswahl, Anfechtung, Wahlberechtigung, Größe des Betriebsrates, Werkvertrag	272
435. Verhaltensbedingte Kündigung, private e-mails, Computeranlage, Beleidigung, Schutz der Privatsphäre durch Passwort	267	452. Betriebsratswahl, Zugang zum Betrieb, einstweilige Verfügung	272
436. Kündigung wegen zustimmender Äußerungen zum Terroranschlag am 11. September 2001, Auflösungsantrag wegen Öffentlichwerden der Äußerungen	267	453. Betriebsratswahl, Einsichtsrecht in Wahlunterlagen	272
437. Kündigung, Bedingung, Betriebsübergang, vorübergehende Stilllegung	267	454. Wahl des Betriebsrats ohne Wahlumschläge, Rechtsschutzinteresse bei Rücktritt des Betriebsrats	272
438. Kündigung, Probezeit, Zurückweisung der Zurückweisung der Vollmachtenrüge	268	455. Betriebsratswahl, „Geschlecht in der Minderheit“, Verfahren für Nachrücker des Ersatzmitglieds	273

456. Anfechtung einer Betriebsratswahl	273	476. Einigungsstelle, Bestellungsverfahren, Unterlagen für Wirtschaftsausschuss, Betriebs- und Geschäftsgeheimnis	279
457. Anfechtung einer Betriebsratswahl	273	477. Vergütung von Einigungsstellenbesitzern	279
458. Ersetzung des Wahlvorstandes	274	478. Insolvenz, Vermeidung des Einigungsstellenverfahrens vor Betriebsänderung, Fehlen führen zum Nachteilsausgleich, Ausnahmen, Berechnung des Ausgleichs	280
459. Gesamtbetriebsrat, Verhältniswahl, Mehrheitswahl	275	479. Sozialauswahl, Auswahlrichtlinien	280
460. Betriebsrat, Rücktritt	275	480. Sozialplan, Unzumutbarkeit, Abfindungsanspruch	281
461. Einstweilige Verfügung, Schulungsveranstaltung	275	481. Sozialplan, arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, Stichtagsregeln, Höchstbetragsklausel	281
462. Betriebsratsanhörung, zuständiger Betriebsrat für einen Trainee	275		
463. Betriebsratsanhörung, vereinbarte Kündigung, materieller Aufhebungsvertrag	275	<b>Tarifrecht</b>	
464. Schadenersatz wegen Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds, Beförderung, Feststellungsklage bei sich entwickelndem Anspruch	276	482. Altersteilzeit, Aufstockungsbetrag	282
465. Mitbestimmung, Eingruppierung, Gleichbehandlung, betriebliche Übung, Vergütungsschema	276	483. Arbeitnehmerähnliche Person, Schutzbedürftigkeit, Entgeltobergrenze	282
466. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, Tauglichkeitsuntersuchung	276	484. Lehrer, Pflichtstundenerhöhung	282
467. Beteiligung des Betriebsrats bei der Ausgruppierung eines Angestellte, persönlicher Geltungsbereich des MTV für die Angestellten der bayerischen Metallindustrie, Anforderungen an eine den Anforderungen des § 99 II genügende Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates	276	485. Ausschlussfrist, Anwendbarkeit auf gesetzliche Zinsansprüche, Feststellungsantrag zur Vergütung, Verzinsung und Ausschlussfrist	282
468. Beteiligung des Personalrats bei Kündigung nach dem PersVG Berlin	277	486. Feststellungsinteresse, dynamische Geltung BAT-O aufgrund Vereinbarung, Zinsen (5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz)	282
469. Befristung, Zustimmung des Personalrats	277	487. BAT, einzelne Vorschriften, auflösende Bedingung im Tarifvertrag (§ 59 Abs. 1 und Abs. 3 BAT); Kündigungsschutzgesetz, Umgehung	283
470. Befristetes Arbeitsverhältnis, Mitbestimmung des Personalrats, Verbrauch des Zustimmungsverfahrens	277	488. Bestimmung des Betriebes i. S.d. § 7.2.2 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe nach Betriebsteilübergang	283
471. Beteiligung Mitarbeitervertretung, Zustimmungsfiktion	277	489. Beschäftigungsbrücke, Auszubildender, Anschluss-Arbeitsverhältnis, personenbedingte Gründe, Begriff der „erfolgreichen“ Abschlussprüfung	283
472. Vertreter Dienststellenleiter, Zustimmungsverweigerung	277	490. Dienstplan, Zeitfenster, Dienstplanänderung nicht außerplanmäßig, außerplanmäßige Kurzeinsätze im Sinne von § 9 Abs. 8 Satz 5 des Tarifvertrages zur Regelung einer Jahresarbeitszeit für die Arbeitnehmer der DB AG	284
473. Betriebsvereinbarung, betriebliches Vorschlagswesen, Prämierung eines Verbesserungsvorschlages, Verfahren vor dem Bewertungsausschuss, gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen paritätisch besetzter Bewertungskommissionen des betrieblichen Vorschlagswesens	278	491. Karneval, Rosenmontag, Arbeitsbefreiung, betriebliche Übung, tarifliche Schriftformklausel	284
474. Betriebsvereinbarung, Beschäftigungssicherung, Bündnis für Arbeit, Tariföffnung, Kurzarbeit, Kurzarbeitergeld, Nichtgewerkschaftsangehörige, AT-Angestellter	279	492. Schlechterstellung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern in einer tarifvertraglichen Besitzstandsregelung	284
475. Adressat der Kündigung einer Gesamtbetriebsvereinbarung, Geltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung	279		

493. Sonderurlaub nach § 50 Abs. 2 BAT ohne Fortzahlung der Bezüge, dauernde Arbeitsunfähigkeit, Umschulung	284	508. Berufungsbegründungsfrist, Fristverlängerungsantrag	287
494. Wiedereinstellungsanspruch, Ausschlussfrist	284	509. Parteierweiterung auf Beklagtenseite in der zweiten Instanz	287
<b>Sonstiges</b>		510. Klageänderung in Berufungsinstanz	287
495. Arbeitslosengeld, Sperrzeit, Aufhebungsvertrag	284	511. Erledigung, Kostenentscheidung	287
496. Insolvenzgeld, unbestimmte Abschlagszahlung des insolventen Arbeitgebers	285	512. Kostenerstattung, Reisekosten, Rechtsanwalt, Bundesarbeitsgericht,	288
497. Nachweis der Anmeldung zur Lohnsteuerpflicht und Abführung der Lohnsteuer	285	513. Kostenfestsetzung, außerordentliche Beschwerde	288
498. Verbesserungsvorschlag eines Arbeitnehmers zum betrieblichen Ablauf, Beurteilung durch paritätische Kommission, Überprüfbarkeit durch Arbeitsgerichte	285	514. Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist	288
499. Entschädigungsanspruch eines schwerbehinderten Bewerbers wegen Nichteinstellung; notwendige Kenntnis der maßgeblichen Vertreter des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung	285	<b>Streitwert und Gebühren</b>	
500. Zulässigkeit des Rechtsweges	285	515. Streitwert bei Änderungskündigungen	288
501. Unterschriftserfordernis für die Klageschrift	285	516. Streitwert, Verlangen des Arbeitnehmers nach Arbeitsaufstockung (§ 9 TzBfG)	290
502. Beweisangebot, substantiiertes Sachvortrag, Ausforschungsbeweis	286	517. Streitwert, Beschäftigungsklage	290
503. Aussetzungsverfahren	286	518. Streitwertaddition bei Weiterbeschäftigungsantrag als uneigentlicher Hilfsantrag	290
504. Aussetzung, Vorgreiflichkeit, Ermessen	286	519. Streitwert, Haupt- und Hilfsantrag	290
505. Aussetzungsantrag eines Beschuldigten im Ordnungswidrigkeitsverfahren	287	520. Streitwert, Bewertung eines Hilfsantrages bei Vergleich	290
506. Protokollberichtigung bei unvollständiger Tonträgeraufzeichnung	287	521. Kein überschießender Vergleichswert bei Freistellungsvereinbarung	290
507. Berufungseinlegungsfrist, Berufungsbegründungsfrist, Rechtsmittelbelehrung, Berechnung bei fehlender Urteilsbegründung	287	522. nichtvermögensrechtliche Streitigkeit bei Freistellung von Wahlvorstandsmitgliedern, Begriff „Lage des Falles“	291
		523. Kostentragung des Rechtsanwalts im Streitwertbeschwerdeverfahren	291



## Allgemeines Vertragsrecht

### 365. Abfindung, Verjährung

Eine Abfindung, die dazu dienen soll, die Nachteile auszugleichen, die durch einen betriebsbedingten Arbeitsplatzverlust verursacht werden, unterliegt auch dann der allgemeinen 30-jährigen Verjährungsfrist gemäß § 195 aF BGB und nicht der kurzen Verjährung gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 8 und 9 BGB aF, wenn sie nicht in einem Sozialplan, sondern per Gesamtzusage oder individuell versprochen wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13. August 2003, 7 Sa 497/03, Revision eingelegt zum AZ 2 AZR 627/03

### 366. Abfindung, Fälligkeit, Vergleich, Auflösungsurteil, Zwangsvollstreckung

Für die Fälligkeit der Abfindung aus einem Vergleich im Rahmen einer Kündigungsschutzklage, der vor vereinbarter Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen wird, kommt es mangels einer getroffenen Fälligkeitsregelung auf die Umstände an, unter denen die Abfindungsregelung getroffen worden ist.

Regelmäßig ist davon auszugehen, dass die Abfindung erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig wird.

Für die Tatsache, dass die Abfindung erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig ist, spricht auch die Tatsache, dass nicht feststeht, ob das Arbeitsverhältnis nicht noch anderweitig beendet wird. Dieses kann z. B. dann der Fall sein, wenn sich trotz der Freistellung des Arbeitnehmers nachträglich ein Tatbestand ergibt, der eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnte. Würde das Arbeitsverhältnis aber zu einem früheren Zeitpunkt aus anderen Gründen als denen des Vergleiches beendet, so würde die Abfindung zu keinem Zeitpunkt fällig werden. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass die Abfindung nicht sofort fällig geworden ist (so Urteil des BAG vom 29.11.1983, Az. 1 AZR 523/82, in DB 84, 724 sowie im Ergebnisurteil des BAG vom 09.12.1987, 4 AZR 561/87, in NZA 88, 329, LAG Düsseldorf vom 23.05.1989, Az. 16 Sa 475/89, in DB 89, 2031/2032, Arbeitsgericht Passau, Urteil vom 27.05.1997, 3 Ca 651/97, in BB 97, 2114, LAG Nürnberg, Beschluss vom 28.04.1997, 8 TA 56/97, in MDR 97, 751/752, vgl. auch *Klar*, Die Fälligkeit von Abfindungen in arbeitsgerichtlichen Vergleichen, NZA 2003, 543 bis 546).

Die insoweit entgegenstehende Auffassung des Landesarbeitsgerichts Hamm (Beschluss vom 16.05.1991, 8 TA 181/91, in NZA 91, 940/941) überzeugt nicht, da entgegen der Vorschrift des § 271 BGB die Umstände nicht gewürdigt werden. Das LAG Hamm stellt alleine darauf ab, dass der Vergleich ein Vollstreckungstitel sei und damit unverzüglich die Vollstreckung eingeleitet werden könne. Es wird insoweit

nur auf den Wortlaut, nicht auf die damit zusammenhängenden Umstände des Vergleiches abgestellt.

Die Tatsache, dass § 62 ArbGG es bei gerichtlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht, unverzüglich zu vollstrecken, bevor das Auflösungsurteil Rechtskraft erlangt hat, steht der vorliegenden Auffassung nicht entgegen. Im Auflösungsurteil wird, wenn auch nicht sofort rechtskräftig, eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes ausgeteilt, die auch vollstreckt werden kann, wobei aber über die Frage der Fälligkeit hiermit nichts gesagt ist. Ob auch diese Zahlung verlangt werden kann, bevor das Arbeitsverhältnis tatsächlich aufgelöst ist nach dem Zeitpunkt, den das Gericht festgesetzt hat, ist zweifelhaft. Auch hier sprechen die oben genannten Gründe gegen eine Fälligkeit dieser Abfindung vor tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 12. September 2003, 16 Sa 621/03

### 367. Vertragsentwurf kein Angebot

Die Übersendung eines (noch) nicht unterschriebenen Vertragsentwurfs stellt kein Angebot zum Vertragsschluss dar.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 30. Januar 2004, 6 Sa 2239/03

### 368. Annahmeverzug, Urlaubsvergütung, Urlaubsabgeltung, Überbrückungsgeld, Anspruchsübergang, anderweitiger Erwerb

1. Nimmt der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist einer sich als unwirksam erweisenden Arbeitgeberkündigung eigenem Bekunden zu Folge genehmigten Erholungsurlaub in genau dem Umfang in Anspruch, für den ihm zuvor in der vermeintlichen „Schlussabrechnung“ Urlaubsabgeltung gewährt worden war, so kann er für den fraglichen Zeitraum nicht nochmals (Urlaubs-)Vergütung verlangen.

2. Macht sich der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugszeitraums selbstständig, so ist das ihm deshalb gewährte sog. Überbrückungsgeld des § 57 SGB III – unbeschadet der Frage, ob insoweit nicht ohnehin ein Anspruchsübergang nach § 115 SGB X stattfindet – jedenfalls entsprechend einem anderweitigen Erwerb im Sinne von §§ 615 BGB, 11 KSchG auf den Annahmeverzugsanspruch anzurechnen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15. Oktober 2003, 7 Sa 163/03

### 369. Annahmeverzug; Anrechnung in Gesamtabrechnung oder pro rata temporis; böswillig unterlassener Erwerb; Dauerarbeitsverhältnis; gesetzliche Kündigungsfrist; Arbeitslosengeld, Nachweis des Nettobetrages

1. Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs nach § 11 KSchG hat bei der Anrechnung nach § 74 c Abs. 1 HGB für den jeweiligen Zeitabschnitt zu erfolgen (pro rata temporis). Die Lehre von der Gesamtabrechnung ist abzulehnen (gegen BAG, zu-

## Allgemeines Vertragsrecht

letzt [24.08.1999] – 9 AZR 804/98 – AP § 615 BGB Anrechnung Nr. 1 = NZA 2000, 818).

2. Ein dem Arbeitnehmer angebotenes Dauerarbeitsverhältnis ist dem Arbeitnehmer in aller Regel nicht allein deshalb unzumutbar i. S.d. § 11 Nr. 2 KSchG, weil für dieses die gesetzliche Mindestkündigungsfrist des § 622 BGB gelten soll (gegen BAG [18.06.1965] – 5 AZR 351/64 – AP § 615 BGB Böswilligkeit Nr. 2).

3. Der Arbeitnehmer kann Annahmeverzugslohn im Normalfall als bestimmte Bruttoforderung abzüglich erhaltenes bestimmtes Arbeitslosengeld einklagen (BAG [24.09.2003] – 5 AZR 282/02 – NZA 2003, 1332). Im Fall der Anrechenbarkeit anderweitigen (unterlassenen) Erwerbs muss der Arbeitnehmer jedoch den sich aus der geminderten Bruttoforderung ergebenden Nettobetrag bestimmbar darlegen. Es muss feststehen, in welcher Höhe eine Anrechnung konkret erfolgt ist. Das anrechenbare Arbeitslosengeld kann nicht höher als der geminderte Nettobetrag sein.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 5. Mai 2004, 7 Ca 32770/03, Berufung eingelegt

### 370. Arbeitsunfähigkeit während des Beschäftigungsverbots

Liegt während des ärztlich angeordneten Beschäftigungsverbots eine Arbeitsunfähigkeit vor, wie sie nur eine Schwangere treffen kann, so ist die Arbeitsunfähigkeit subsidiär, weil andernfalls § 11 MSchG weitgehend leer liefe (wie BAG v. 13.02.2002 – 5 AZR 588/00).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 16. März 2004, 9 Sa 517/03

### 371. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Erschütterung des Beweiswertes, Entgeltfortzahlung

Wenn der Arzt den Beginn der Arbeitsunfähigkeit rückwirkend festgestellt und die Rückwirkung zwei Tage überschreitet, ist in der Regel der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 21. November 2003, 4 Sa 588/03

### 372. Arbeitszeit bei streitiger Vertragsgestaltung, Arbeit auf Abruf, Ausforschungsbeweis

1. Lässt sich bei streitigem Parteivortrag nicht feststellen, welche Vereinbarungen über die Menge der Arbeitszeit getroffen wurden, kommt der monatelangen tatsächlichen Durchführung erhebliches Gewicht für die Auslegung der zugrunde zu legenden Absprachen zu.

2. Eine Vereinbarung mit dem Inhalt, der Arbeitnehmer bekomme nur die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden gezahlt, ist wegen Umgehung des Kündigungsschutzes unwirksam. In einem solchen Fall ist die bisherige durchschnittliche Arbeitsmenge zugrunde zu legen; der Arbeitnehmer kann Weiterzahlung der Vergütung in dieser Höhe verlangen.

3. Vereinbaren die Parteien, der Arbeitnehmer müsse sich zur Zuweisung der Arbeit bereithalten und telefonisch erreichbar sein, muss der Arbeitgeber, der das Fehlen dieser Mitwirkung behauptet, im Bestreitensfall im Einzelnen substantiiert darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er vergeblich versucht hat, den Arbeitnehmer zu kontaktieren. Ein Zeugenangebot ohne solchen substantiierten Vortrag ist als Ausforschungsbeweis einer Beweiserhebung nicht zugänglich.

a) Eine Vereinbarung über Arbeitszeit nach Arbeitsanfall in dem Sinn vereinbart, dass ein Anspruch auf Entgelt unabhängig von der Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers immer nur dann bestehe, wenn und soweit ihm tatsächlich Arbeit zugewiesen wird, ist unwirksam. Sie würde die Höhe der Hauptleistungspflichten der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers überlassen, würde das Risiko nicht vorhandener Beschäftigungsmöglichkeit allein dem Arbeitnehmer aufbürden. Eine solche Vertragsgestaltung widerspricht dem Wesen des Arbeitsvertrages als Dienstleistungsvertrag. Sie stellt – vorausgesetzt der Arbeitgeber könnte die Hauptleistungspflichten einseitig reduzieren, ohne eine Kündigung oder Änderungskündigung aussprechen zu müssen, welche nach §§ 626 BGB bzw. 1 und 2 KSchG an strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen geknüpft ist – eine objektive Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen dar und ist als solche nach § 134 BGB nicht wirksam (so bereits BAG vom 12.12.1984, 7 AZR 509/83, EzA § 315 BGB Nr. 29). Eine solche Umgehung kann immer dann vorliegen, wenn in den durch die Änderungskündigungsschutzregeln geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen wird, wenn die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ihrem Inhalt und Umfang nach in einer sich unmittelbar auf die Vergütung auswirkenden Weise geändert wird und damit einseitig in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingegriffen wird (BAG vom 21.04.1993, 7 AZR 297/92, EzA § 2 KSchG Nr. 20; BAG vom 07.08.2002, 10 AZR 282/01, EzA § 315 BGB Nr. 51 unter B.II.3. der Entscheidungsgründe; *Reinecke*, in: Küttner, Personalbuch 2004, Arbeitszeit Rn 29; *Preis*, in: Erfurter Kommentar, a. a. O. § 611 BGB Rn 817). Hat sich der Arbeitgeber rechtswidrig ein solches Recht vorbehalten, wird allerdings nicht der gesamte Arbeitsvertrag unwirksam, sondern der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zuweisung von Arbeit in der bisherigen Menge und Vergütung in bisherigem Umfang. Dieses Ergebnis folgt entweder aus einer entsprechenden Anwendung von § 12 TzBfG (hierzu *Preis* in: Erfurter Kommentar, 4. Aufl. 2002, § 12 TzBfG Rn. 6) oder – lehnt man die entsprechende Anwendung des § 12 TzBfG auf Vollzeitverhältnisse ab – aus allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts über die Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit von Vertragsbedingungen, die sich aus Arbeitnehmerschutzvorschriften ergeben (allg. Auffassung, vgl. nur *Preis* in: Erfurter Kommentar, a. a. O. § 611 BGB Rn 417 ff. mit umfangreichen Nachweisen; *Erman-Edenfeld*, BGB, a. a. O. § 611 Rn 305; LAG Köln vom 07.12.2001, 11(6)Sa 827/01, LAGE § 4 BeschFG 1985/1986 Nr. 1). Nach jetziger, im Streitgegenständ-

lichen Zeitraum noch nicht gültiger Rechtslage ergibt sich diese Folge bei allgemeinen Arbeitsbedingungen aus § 306 Abs. 1 BGB in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung.

b) Die Arbeitsgerichte sind zu einer Beweiserhebung nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn eine spezifizierte Bezeichnung von Tatsachen vorliegt, für deren Richtigkeit der Beweis angeboten ist. Hierbei richtet sich der Grad der notwendigen Substantiierung nach der Einlassung des Gegners, aber auch nach dem Erfordernis, dem Gericht die Vorprüfung der Beweiserheblichkeit und der Beweistauglichkeit zu ermöglichen. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt vor, wenn die beantragte Beweiserhebung nicht dem Beweis vortragener Tatsachen dient, sondern der Ausforschung von Tatsachen (ständige Rechtsprechung, vgl. hierzu etwa *Zöller-Greger*, ZPO, 24. Aufl. 2004, vor § 284 Rn 4 und 5 mit umfangreichen Nachweisen). Nach diesen Grundsätzen genügt der allgemeine Vortrag, der Kläger sei telefonisch nicht erreichbar gewesen, und wenn, dann habe er die Arbeitsaufnahme wegen anderer Verhinderung abgelehnt, nicht. Die Beklagte selbst bezieht sich offensichtlich auf mehrere, zeitlich nacheinander liegende Vorgänge. Diese sind gerade nicht einzeln spezifiziert. Der Kammer ist bei einem so unklaren Vortrag nicht einmal die Prüfung möglich, ob sich die behauptete Nichterreichbarkeit oder die behaupteten Absagen des Klägers auf den streitgegenständlichen Zeitraum Februar bis April 2000 beziehen. Schon dies würde einer Beweisaufnahme entgegenstehen. Vorliegend ginge die Substantiierungspflicht aber noch weiter: Geht man davon aus, dass der Kläger zwischen durch gearbeitet hat, setzen die jeweilige Nichterreichbarkeit ebenso wie etwaige Absagen des Klägers jeweils neue Kausalverläufe in Gang, die für sich genommen dem Annahmeverzug nur für bestimmte Zeitabschnitte entgegenstehen würden und für sich getrennt zu würdigen wären. In der vorliegenden nicht spezifizierten Form ist auch dem Kläger eine detaillierte Einlassung in keiner Weise möglich. Ein solcher Sachvortrag stellt geradezu die klassische Form des Ausforschungsbeweises dar.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 17. Februar 2004, 6 Sa 325/02

### 373. Arbeitszeit, Reduzierung gem. § 8 TzBfG, einstweilige Verfügung,

1. Der Anspruch einer Arbeitnehmerin auf Reduzierung der Arbeitszeit gem. § 8 TzBfG kann auch im Wege einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden.
2. Eine solche Verfügung kann ergehen, wenn trotz Aufbietung aller zumutbaren Anstrengungen die Betreuung eines Kindes anders nicht sichergestellt werden kann und andererseits der Arbeitgeber ein unternehmerisches Konzept nicht glaubhaft macht und schlüssig darlegt, wonach im fraglichen Bereich nur Vollzeitarbeit möglich wäre.
3. Der Antrag in diesem Verfahren ist als Beschäftigungsverfügung zu formulieren, wonach der Arbeitgeber verurteilt

wird, die Arbeitnehmerin mit einer bestimmten Zahl von Wochenstunden an bestimmten Tagen zu bestimmten Zeiten zu beschäftigen bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache.

■ Arbeitsgericht Nürnberg  
vom 28. November 2003, 14 Ga 114/03

### 374. Arbeitszeitaufstockung, Lehrerin

1. Eine Lehrerin, die die Verlängerung ihrer Arbeitszeit begehrt, ist für Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig, dass zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung eine freie Stelle vorhanden ist.
2. Ihr steht jedoch ein Schadenersatzanspruch in Höhe der Differenzvergütung aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 275 Abs. 1 BGB zu, wenn der Anspruch aus § 9 TzBfG vor Besetzung der freien Stelle bestand.
3. Soweit eine Vereinbarung zwischen dem Freistaat Sachsen und der GEW Sachsen über die freiwillige Teilzeitbeschäftigung von Lehrkräften und Erziehern vom 15.06.1992, die Vertragsbestandteil ist, vorsieht, dass durch Arbeitszeitverlängerungen der Einstellungskorridor für Lehramtsabsolventen nicht gefährdet werden dürfe, verstößt diese Regelung gegen § 9 TzBfG und ist nach § 22 Abs. 1 TzBfG insoweit als zu Ungunsten des Arbeitnehmers gehend nicht anwendbar.
4. Der öffentliche Arbeitgeber erliegt schuldhaft nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB einem Rechtsirrtum, wenn er nach Inkrafttreten des TzBfG am 01.01.2001 trotz längerer öffentlicher Diskussion, die seiner Auffassung nach bindende Vereinbarung nicht prüft und an die neue Gesetzeslage anpasst.

■ Arbeitsgericht Bautzen  
vom 18. Juni 2004, 6 Ca 6437/03  
eingereicht von Rechtsanwältin Nicole Oriwol, Macherstraße 58, 01917 Kamenz, Tel.: 03578/3016-66, -67, Fax: -68, E-mail: info@kanzleiteam.de; www.kanzleiteam.de

### 375. Arbeitszeitaufstockung, freier Arbeitsplatz, gleiche Eignung, Einarbeitung als entgegenstehender betrieblicher Grund

1. Hat der Arbeitgeber schuldhaft gegen seine Pflicht zur bevorzugten Berücksichtigung nach § 9 TzBfG verstoßen, so steht dem Teilzeitarbeitnehmer, der vorher seinen Wunsch auf Aufstockung seiner Arbeitszeit auf eine Vollzeittätigkeit ordnungsgemäß angezeigt hat, ein Schadenersatzanspruch zu, wenn der Arbeitgeber die Stelle anderweitig besetzt. Dieser Anspruch ist gerichtet auf die Differenz zwischen der bisherigen Vergütung und derjenigen Vergütung, die der Teilzeitarbeitnehmer auf der Vollzeitstelle erhalten hätte.
2. Der Anspruch nach § 9 TzBfG setzt voraus, dass es sich um eine freie Stelle handelt, die der Teilzeitarbeitnehmer – bis auf die Änderung der regelmäßigen Arbeitszeit – ohne jede Vertragsänderung hätte übernehmen können, und er gegenüber dem Konkurrenten als gleich geeignet anzusehen ist.
3. Ein freier Arbeitsplatz ist gegeben, wenn der Arbeitsver-

## Allgemeines Vertragsrecht

trag des bisherigen Stelleninhabers wegen Befristung endet. Geht es um die unbefristete Übernahme des bisherigen Stelleninhabers, so entsteht die dem § 9 TzBfG zugrunde liegende Konkurrenzsituation.

4. Die Frage der gleichen Eignung des Teilzeitarbeitnehmers bestimmt sich nach dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle. Die dem Teilzeitarbeitnehmer insoweit obliegende Darlegungs- und Beweislast ist abgestuft. Behauptet der Teilzeitarbeitnehmer seine gleiche Eignung, so hat der Arbeitgeber ungeachtet seines gegebenen Beurteilungsspielraums nachvollziehbar darzulegen, weshalb der Teilzeitarbeitnehmer aus seiner Sicht im Verhältnis zum Konkurrenten nicht über die gleiche Eignung verfügt. Gelingt dies dem Arbeitgeber nicht, so gilt die behauptete gleiche Eignung als zugestanden.

5. Ist danach lediglich von einer der Dauer nach betriebsüblichen Einarbeitungszeit des Teilzeitarbeitnehmers auszugehen, so steht allein dieser Gesichtspunkt der Annahme der gleichen Eignung nicht deswegen entgegen, weil der Konkurrent im Hinblick auf seine bisherigen Tätigkeit auf dieser Stelle im Rahmen seines befristeten Arbeitsverhältnisses einer solchen Einarbeitung nicht mehr bedarf. Dieser Gesichtspunkt kann aber im Einzelfall einen dringenden betrieblichen Grund im Sinne des § 9 TzBfG mit der Folge abgeben, dass der Arbeitgeber den Konkurrenten für die Besetzung der Stelle auswählen kann.

6. Zu den Voraussetzungen des entgegenstehenden, dringenden betrieblichen Grundes im Sinne des § 9 TzBfG.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 2. Dezember 2003, 3 Sa 1041/03, Rev. zugel.

### 376. Arbeitszeitreduzierung, Verteilung, betriebliche Gründe, Urlaubsgewährung, entgegenstehende dringende betriebliche Gründe

1. Der Begründetheit der Klage steht im Streitfall nicht bereits der Umstand entgegen, dass das mit dem Verlangen auf Reduzierung seiner Arbeitszeit verbundene Angebot des Arbeitnehmers auf eine bestimmte Verteilung dieser Arbeitszeit vom Arbeitgeber in der Regel nur einheitlich angenommen oder abgelehnt werden kann (vgl. hierzu: BAG, AP Nr. 1 zu § 8 TzBfG). Vorliegend haben sich nämlich die Parteien unstreitig auf eine Reduzierung der Arbeitszeit des Klägers auf 16 Stunden pro Woche geeinigt und zwar unabhängig davon, wie diese Arbeitszeit verteilt werden sollte. Die Klage konnte daher allein auf die Annahme des Angebots zur Verteilung der Arbeitszeit gerichtet werden (vgl. LAG Baden-Württemberg, LAGE § 8 TzBfG Nr. 10).

2. Eine dem Klagebegehren entgegenstehende Vereinbarung ist nicht zustande gekommen.

Die Beklagte hat diesbezüglich vorgetragen, dass sich der Kläger zwar damit einverstanden erklärt habe, seine Arbeitszeit auf Donnerstag und Freitag zu verteilen, dass jedoch hinsichtlich der Frage, ob der Kläger an diesen Tagen in Wechsel-

schicht oder ausschließlich in Spätschicht arbeiten solle, keine abschließende Vereinbarung getroffen worden sei.

Über den nach den Vorstellungen beider Parteien nicht unerheblichen Punkt der Verteilung der Arbeitszeit des Klägers ausschließlich auf die Spätschicht oder auf Spät- und Frühschicht im wöchentlichen Wechsel ist demnach keine Einigung erzielt worden. Es bestand insoweit ein offener Einigungsmangel i. S. v. § 154 Abs. 1 BGB.

3. Die Berechtigung des Arbeitgebers, Wünsche des Arbeitnehmers nach Verringerung und nach Neuverteilung seiner Arbeitszeit abzulehnen, sind in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG einheitlich geregelt. Damit gelten die Anforderungen, die an das Gewicht eines entgegenstehenden betrieblichen Grundes zu stellen sind, auch für die Verweigerung der Zustimmung zu der vom Arbeitnehmer gewünschten Festlegung der verringerten Arbeitszeit. Die in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG aufgeführten Regelbeispiele dienen der Erläuterung des betrieblichen Grundes. Es genügt nicht jeder rational nachvollziehbare Grund. Er muss auch hinreichend gewichtig sein. Das wird beispielhaft angenommen, wenn der Arbeitszeitwunsch die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit des Betriebs wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Der Arbeitgeber kann die Ablehnung nicht allein mit einer abweichenden unternehmerischen Vorstellung von der „richtigen“ Arbeitszeitverteilung begründen. Ob hinreichend gewichtige betriebliche Gründe zur Ablehnung berechtigen, ist gerichtlich festzustellen. Dazu gilt folgende dreistufige Prüfungsfolge (BAG, Urteil vom 18.02.2003 – 9 AZR 164/02 –):

In der ersten Stufe ist festzustellen, ob überhaupt und wenn ja, welches betriebliche Organisationskonzept der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zu Grunde liegt. Organisationskonzept ist das Konzept, mit dem die unternehmerische Aufgabenstellung im Betrieb verwirklicht werden soll. Die Darlegungslast dafür, dass das Organisationskonzept die Arbeitszeitregelung bedingt, liegt beim Arbeitgeber.

In einer zweiten Stufe ist zu prüfen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers tatsächlich entgegensteht. Dabei ist auch der Frage nachzugehen, ob durch eine dem Arbeitgeber zumutbare Änderung von betrieblichen Abläufen oder des Personaleinsatzes der betrieblich als erforderlich angesehene Arbeitszeitbedarf unter Wahrung des Organisationskonzepts mit dem individuellen Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers zur Deckung gebracht werden kann.

Ergibt sich, dass das Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers nicht mit dem organisatorischen Konzept und der daraus folgenden Arbeitszeitregelung in Übereinstimmung gebracht werden kann, ist in einer dritten Stufe das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen: Werden durch die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung die in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG genannten besonderen betrieblichen Belange oder das betriebliche Organisationskonzept und die



ihm zu Grunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung wesentlich beeinträchtigt?

Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Beklagte den Verteilungswunsch des Klägers insoweit akzeptiert, als dieser seine Arbeitszeit an zwei festen Arbeitstagen, jeweils in der Spätschicht von 12:30 Uhr bis 21:00 Uhr erbringen will. Einvernehmen besteht, dass einer dieser beiden Arbeitstage des Klägers auf den Donnerstag gelegt werden kann, Streit besteht hinsichtlich der Frage, ob der „zweite Arbeitstag“ auf Mittwoch gelegt werden kann oder eine Festlegung auf Freitag erforderlich ist.

4. Die Beklagte macht geltend, dass andere Arbeitnehmer mit der Qualifikation des Klägers in dessen Organisationseinheit erfahrungsgemäß freitags häufiger als an anderen Wochentagen Urlaub oder eine Freischicht in Anspruch nehmen und es deshalb erforderlich sei, den Kläger zum „Auffüllen“ dieser Abwesenheitszeiten an Freitagen einzusetzen. Dieses Ansinnen der Beklagten bildet jedoch keinen hinreichend gewichtigen betrieblichen Grund, der dem Verteilungswunsch des Klägers entgegenstehen könnte. Zwar steht außer Zweifel, dass es bereits im Hinblick auf einen ungestörten Arbeitsablauf erforderlich ist, dass die einzelnen Arbeitsschichten personell ausreichend besetzt sind. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass eine ausreichende personelle Besetzung der Freitags-Spätschicht einen Einsatz des Klägers in dieser Schicht erfordert. Soweit andere Arbeitnehmer für freitags die Gewährung von Urlaub beantragen, und die Erfüllung dieser Urlaubswünsche im Einzelfall zu einer Unterbesetzung in einer Arbeitsschicht führen würde, kann die Beklagte diesen Wünschen dringende betriebliche Belange i. S. v. § 7 Abs. 1 BUrlG entgegenhalten. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Gewährung von Freischichten. Auf die zeitliche Lage von Urlaub und Freischichten hat die Beklagte insoweit selbst Einfluss. Es ist daher nicht ersichtlich, dass das Erfordernis einer dem Organisationskonzept der Beklagten und einer den ordnungsgemäßen Arbeitsablauf sicherstellenden personellen Besetzung der Freitags-Spätschicht dem Wunsch des Klägers, nicht freitags sondern mittwochs zu arbeiten, entgegensteht.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 11. Februar 2004, 10 Sa 1307/03

### 377. Teilzeit in der Elternzeit, Bestimmtheitsanforderung an das Teilzeitverlangen, Auslegung einer Willenserklärung

Die Klägerin begehrt aus Annahmeverzug Vergütung. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet war, die Klägerin als Teilzeitkraft während der Elternzeit zu beschäftigen. Die Klägerin ist mit monatlich 70 Stunden als Buchhalterin bei der Beklagten beschäftigt. Unter dem 09.12.2001 beantragte die Klägerin wie folgt Elternzeit:

Hiermit möchte ich meine Elternzeit mit einer Höchstdauer von 36 Monaten beantragen. Für meinen Antrag auf Erziehungsgeld brauche ich von dem Arbeitgeber eine Beschei-

nigung über die Elternzeit. Kannst Du dies bitte veranlassen. Gerne stehe ich Euch ab Juni 2002 zum Arbeiten zur Verfügung. In der Elternzeit kann ich bis zu 30 Stunden arbeiten. Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe bereits bei Mitteilung der Schwangerschaft und vor Beginn der Mutterschutzfrist die Beklagte informiert, dass sie nach einem halben Jahr Stillzeit die Arbeit wieder aufnehmen wolle. Erst in einem Gespräch am 14.03.2002 sei von der Beklagten die Beschäftigung ab Juni abgelehnt worden.

Nach § 15 Abs. 5 S. 2 BErzGG kann der/die Anspruchsberechtigte die bestehende Teilzeit während der Elternzeit fortsetzen. Die Fortsetzung der Teilzeit muss nicht nahtlos erfolgen, sondern kann auf Teile der Elternzeit beschränkt werden. Die Festlegung der Zeiten völliger Freistellung und der Zeiten der Teilzeitbeschäftigung muss aber bindend im Elternzeitantrag erfolgen.

Ein Anspruch auf Fortsetzung der Teilzeit muss eindeutig im Elternzeitantrag enthalten sein. Es muss zweifelsfrei erkennbar sein, dass, in welchem Umfang und wann Teilzeitbeschäftigung verlangt wird. Unklarheiten gehen dabei zu Lasten der Antragstellerin, weil es sich um eine einseitige Gestaltungserklärung handelt.

Mit Schreiben vom 09.12.2001 beantragte die Klägerin in erster Linie Elternzeit mit der Höchstdauer von 36 Monaten. In dem nachfolgenden Absatz heißt es dann, dass sie ab Juni 2002 zum Arbeiten zur Verfügung stehe, sie könne in der Elternzeit bis zu 30 Stunden arbeiten. Es fehlt insoweit die eindeutige Aussage, dass sie zum Monatsbeginn Juni 2002 die Arbeit wieder aufnehmen will, und zwar im bisherigem Umfang mit 70 Stunden pro Monat.

Der Hinweis auf die höchst zulässige Arbeitszeit von 30 Stunden pro Woche lässt den Schluss zu, dass sie an einer erheblich höheren Teilzeitarbeit interessiert war, als ihrem bisherigen Arbeitsvertrag entspricht. Nach § 15 Abs. 4 BErzGG kann Teilzeitarbeit bis zu 30 Stunden pro Woche beim bisherigen Arbeitgeber, bei einem anderen Arbeitgeber oder als Selbständiger geleistet werden. Der Hinweis auf die 30 Stundengrenze kann deshalb auch so gewertet werden, dass die Klägerin an einer Ausweitung ihrer Tätigkeit als Selbständige oder an einer Ausweitung ihrer Tätigkeit für die Beklagte oder an einer Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber interessiert war. Es kommt deshalb nicht ausreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Klägerin während der Elternzeit mit bindender Wirkung ab Anfang Juni 2002 ihre bisherige Teilzeittätigkeit wieder aufnehmen wollte. Die Erklärung vom 09.12.2001 kann deshalb nur als unverbindliche Absichtserklärung gewertet werden, die den Anforderungen des § 16 Abs. 1 BErzGG auf konkrete Festlegung von Freistellungsphase und Teilzeitphase nicht genügt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 25. November 2003, 13 Sa 908/03, Rev. eingelegt zum AZ 9 AZR 21/04

## Allgemeines Vertragsrecht

### 378. Arbeitszeitreduzierung, Erledigung des Teilzeitleistens durch Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages

Durch den Neuabschluss eines Arbeitsvertrages wird eine Klage nach § 8 TzBfG auf Zustimmung zur Reduzierung der Arbeitszeit und Neuverteilung auf bestimmte Wochentage gegenstandslos. Denn der Anspruch auf Reduzierung und Neuverteilung der Arbeitszeit bezieht sich nicht nur gemäß § 8 Abs 1 TzBfG auf die „vertraglich vereinbarte Arbeitszeit“, sondern korrespondiert auch mit den betrieblichen Gründen, die der Arbeitgeber dem Anspruch des Arbeitnehmers als Einwendung entgegenhalten kann. Wird der Arbeitsvertrag geändert, ändert sich der zu beurteilende Gegenstand für die Einlassungen des Arbeitgebers.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 12. Dezember 2003, 13 Sa 2144/03

### 379. Aufhebungsvertrag, Störung der Geschäftsgrundlage

1. Die gemeinsame Fehlvorstellung der Parteien über Art und Umfang des dem Arbeitnehmer zustehenden Altersrentenanspruchs bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages kann zu einer Störung der Geschäftsgrundlage führen, wenn ein mit der Aufhebungsvereinbarung verbundener Abfindungsanspruch an diese sozialversicherungsrechtlichen Regelungen anknüpft.

2. Führt der tatsächlich bestehende Rentenanspruch nach den zur Anwendung kommenden Abfindungsrichtlinien zu einem vollständigen Verlust des von den Parteien zunächst angenommenen Abfindungsanspruchs, so ist es dem Arbeitnehmer dennoch zumutbar, dass an dem Vertrag festgehalten wird, wenn nach den Vorstellungen der Parteien die Abfindung dem Ausgleich der durch den Aufhebungsvertrag vermeintlich verursachten Rentenminderung dienen sollte. Das nach den Parteivorstellungen sich ergebende wirtschaftliche Gleichgewicht der Vereinbarung wird nicht unzumutbar gestört, da die tatsächlich bestehenden (höheren) Rentenansprüche den „Verlust“ der Abfindung „kompensieren“.

■ Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt  
vom 4. Mai 2004, 11 Sa 690/03

### 380. Betriebliche Altersversorgung, Widerruf

Auch nach der Neufassung des § 7 Abs. 1 S 4 Nr. 2 BetrAVG kommt gegenüber Versorgungsempfängern ein Widerruf betrieblicher Versorgungsleistungen nur in Betracht, wenn eine vorherige Zustimmung des PSV vorliegt oder eine gerichtliche Entscheidung über die Einstandspflicht des PSV vom Versorgungsschuldner erstritten wurde.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 29. Oktober 2003, 2 Sa 398/03, Rev. zugel.

### 381. Betriebsübergang, Schülerbetreuung, betriebliche Identität, Personalübernahme, Funktionsnachfolge

Die Parteien streiten um die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf Grund eines Betriebsüberganges auf den Beklagten übergegangen ist.

Die Klägerin war beim Schulförderverein der Grundschule G tätig. Neben der Klägerin war noch eine weitere geringfügig beschäftigte Mitarbeiterin und zwei weitere Mitarbeiterinnen mit Arbeitszeiten zwischen 19,5 und 25 Stunden in der Woche beschäftigt.

Der Schulförderverein ist ein gemeinnütziger Verein. Er hat die Aufgaben der Schülerbetreuung mit Ende des Schuljahres 2000/2001 aufgegeben.

Die Schulleitung konnte den Beklagten für die Weiterführung der Schülerbetreuung ab Beginn des Schuljahres 2001/2002 gewinnen. Bei dem Beklagten handelt es sich um einen Träger der freien Jugendhilfe.

Die Betreuung der Kinder erfolgt auf der Grundlage von Betreuungsverträgen mit den Eltern für jeweils ein Jahr. Auf Stellenanzeigen in der „Wochenpost“ vom 27.6.2001 und Bewerbung stellte der Beklagte zwei Mitarbeiterinnen für die Schülerbetreuung ein. Es handelt sich dabei um zwei Mitarbeiterinnen, die zuvor in einem Teilzeitbeschäftigungsverhältnis „halbtags“ bei dem Schulförderverein beschäftigt waren. Mit Schreiben vom 18.9.2001 hat die Klägerin gegenüber dem Beklagten den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses geltend gemacht und mit der Begründung, es liege ein Betriebsübergang vor.

1. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin bei dem Streithelfer ist nicht durch Betriebsübergang auf den Beklagten übergegangen.

Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Eine Einheft darf allerdings nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität der Einheit ergibt sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (BAG, Urteil vom 26.08.1999 – 8 AZR 71–).

Es kann dahinstehen, ob von einer „wirtschaftlichen“ Einheit und einer auf Dauer angelegten Ausübung einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“ gesprochen werden kann, wenn sich wie vorliegend zwei gemeinnützige Vereine in der Aufgabe der Kinderbetreuung ablösen und damit keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen. Nach den vorstehenden Grundsätzen scheidet ein Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils „Kinderbetreuung“ jedenfalls daran, dass es sich lediglich um eine Funktionsnachfolge handelt.

Bei der Herausarbeitung dessen, um welche wirtschaftliche Einheit es geht und ob diese unter Wahrung ihrer Identität auf einen „Erwerber“ übergeht, kann noch am ehesten an Fallgestaltungen aus dem Dienstleistungsbereich angeknüpft werden. Für diese sind nicht die sächlichen Betriebsmittel wie Maschinen, Einrichtungsgegenstände, Gebäude etc. prägend, sondern es stehen meistens immaterielle Betriebsmittel wie etwa ein Kundenstamm und das „Know-how“ ebenso wie die Einführung des Unternehmens auf dem Markt im Vordergrund. Der Beklagte hat vom Streithelfer keinen „Kundenstamm“ übernommen. Sämtliche Betreuungsverträge mit den Eltern oder Erziehungsberechtigten der Kinder, die in der Regel auf ein Schuljahr befristet sind, wurden auf Grund eigener Werbemaßnahmen des Beklagten abgeschlossen. Nach der Erklärung des Vorsitzenden des Streithelfers, Herrn S, im Termin der Berufungsverhandlung vom 27.03.2003, gab es auch keine rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zwischen dem Beklagten und dem Streithelfer. Insbesondere wurden früher benutzte Einrichtungs- und Arbeitsmittel nicht vom Streithelfer an den Beklagten übertragen, sondern entsprechend der Satzung des Streithelfers an die Schule herausgegeben. Nach der Erklärung des Vorsitzenden des Streithelfers war die Betreuungsaufgabe für den Förderverein, der sonst mit anderen Aufgaben befasst ist, zu aufwendig geworden. Die Schulleitung bat daher den Beklagten zur Fortführung der Betreuungsaufgabe im neuen Schuljahr.

Da es für die Schülerbetreuung im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft und das „Know-how“ ankommt, kann zwar auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Es hängt von der Struktur eines Betriebes oder Betriebsteils ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden muss, um von der Übernahme einer bestehenden Arbeitsorganisation ausgehen zu können (BAG Urteil vom 11.12.1997 – 8 AZR 729/96 –).

Der Beklagte hat von den vier beim Streithelfer beschäftigten Arbeitnehmern zwei Arbeitskräfte weiterbeschäftigt, die bislang den größten Teil des Arbeitsvolumens abdeckten. Nicht weiterbeschäftigt wurden die beiden geringfügig beschäftig-

ten Arbeitnehmer, zu denen auch die Klägerin gehört. Weitere Arbeitnehmer hat der Beklagte für die Betreuungsaufgaben nicht eingesetzt. Dies kann zwar ein starkes Indiz für eine Betriebsübernahme im Sinne des § 613 a BGB sein. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass der Beklagte mit der Klägerin nicht die Kraft weiterbeschäftigt hat, die nach eigenem Vorbringen aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit in der Schülerbetreuung über besondere Erfahrungen in diesem Bereich verfügt. Der Beklagte hat auch nicht einfach eine bestehende Arbeitsorganisation des Streithelfers unter Wahrung ihrer Identität übernommen. Die beiden für die Betreuungsaufgabe erforderlichen Stellen hat er durch Zeitungsannonce öffentlich ausgeschrieben. Vor allem verfügt der bereits im Betreuungswesen engagierte Beklagte über ein eigenes Konzept mit Schulungen, die die Mitarbeiter/innen durchlaufen müssen. Dementsprechend wurden auch die vom Beklagten eingestellten beiden ehemaligen Mitarbeiterinnen des Streithelfers nach den Vorgabekriterien des Jugendamtes/Landschaftsverbandes geschult. Es ist ein wesentlich zu berücksichtigender Umstand, dass sich der Beklagte keine bestehende Organisation zunutze gemacht hat, sondern nach eigenen Kriterien die Betreuung und pädagogische Leitung der Betreuungsgruppe organisiert hat. Dies erschließt sich auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Beklagten anders als bei dem bloßen Schulförderverein des Streithelfers um einen Träger der freien Jugendhilfe handelt, dessen Tätigkeit der Qualitätskontrolle des Staates unterliegt und nicht an Weisungen der Schulleitung gebunden ist.

Liegt mithin ein Betriebsübergang nicht vor, bleibt die Klage unbegründet.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 24. Juli 2003, 10 Sa 86/03

### 382. Betriebsübergang, Wiedereinstellungsanspruch gegenüber Betriebserwerber nach Kündigung durch Insolvenzverwalter, Zumutbarkeit

1. Auch bei einem im Insolvenzverfahren vollzogenen Betriebsübergang kann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegen den Betriebserwerber bestehen, wenn sich die Prognose des kündigenden Insolvenzverwalters, bei Ablauf der Kündigungsfrist könne er den Arbeitnehmer wegen der beabsichtigten Betriebsstilllegung nicht mehr weiterbeschäftigen, noch während des Laufs der Kündigungsfrist als falsch erweist (teilweise Abweichung vom BAG, Urt. V. 10.12.1998 – 8 AZR 324/97 –, BAGE 90,260). Ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung von deren Identität fortführt. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei dem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Zu den maßgeblichen Tatsachen hierfür zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang der materiellen Be-

## Allgemeines Vertragsrecht

triebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit. Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Auch bei dem Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt. Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebs. Es muss sich um eine selbstständige, abtrennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt. Das Merkmal des Teilzwecks dient dabei zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613 a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Inhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (stRspr, vgl. etwa BAG, Urteil vom 08.08.2002 – 8 AZR 583/01 – juris).

2. Tatsächlich hat die Beklagte den Betrieb mit den übernommenen sachlichen, personellen und immateriellen Betriebsmitteln über den 30.04.2002 hinaus auch im Wesentlichen unverändert fortgeführt. Unstreitig produziert die Beklagte, wie zuvor die G. GmbH und deren Rechtsvorgängerin, flexible Rohrelemente und Kompensatoren. Die Beklagte folgert das Vorliegen eines bloßen Teilbetriebsübergangs offenbar im Wesentlichen aus dem Umstand, dass lediglich 84 von ca. 140 Arbeitnehmern übernommen worden sind. Diese Folgerung ist bei einem Produktionsbetrieb von der Art der Beklagten nicht zwingend. Bei betriebsmittelarmen und dienstleistungsorientierten Branchen und Arbeitszwecken, wie etwa im Gebäudereinigungs- oder Bewachungsgewerbe, mag der Zahl der übernommenen Arbeitnehmer eine wesentliche Bedeutung für die Frage zukommen, ob ein vollständiger oder lediglich ein teilweiser Betriebsübergang vorliegt. Bei einem Produktionsbetrieb der vorliegenden Art kommt es aber auch wesentlich auf die Übernahme sächlicher und immaterieller Betriebsmittel, wie Betriebsgebäuden, Produktionsmaschinen, Fuhrpark, Know-how, Kundenbeziehungen etc., an. Hier kann auch mit der Übernahme von ca. 60 % der bisherigen Belegschaft die im Wesentlichen unveränderte Fortführung des bisherigen Betriebs in seinen bisherigen organisatorischen Strukturen mit reduziertem oder neu eingestelltem Personal in Betracht kommen. Insoweit hatte der Kläger vorgetragen, dass die Betriebsorganisation beibehalten worden sei und nach wie vor neben der Geschäftsleitung und der Personalabteilung der Einkauf und Verkauf und in der

Produktion die Schlauchabteilung, die Kompensatorenabteilung, die Kleinbalgabteilung, die Qualitätssicherung und die Schlosserei bestehe. Auch die Positionen der Abteilungsleiter seien durch dieselben Mitarbeiter besetzt wie vor dem Betriebsübergang. Die Beklagte hat dem lediglich entgegengehalten, dass sich die Organisationsstruktur, bedingt durch eine zwischenzeitliche TÜV-Zertifizierung, vollständig geändert habe. Dieses Vorbringen ist unerheblich, weil es nicht erkennen lässt, wann sich die Organisationsstruktur geändert haben soll, ob nicht zumindest – wie der Kläger behauptet hat – zunächst mit der bisherigen Organisationsstruktur ab 01.05.2002 weitergearbeitet worden ist. Die Beklagte hat auch in keiner Weise vorgetragen, inwiefern sich die Organisationsstruktur geändert haben soll. Dieser Vortrag oblag ihr aber im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, nachdem der Kläger seinerseits nicht bloß pauschal einen vollständigen Betriebsübergang behauptet, sondern hierzu auch Einzeltatsachen vorgetragen hatte.

3. Eine unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ist der Beklagten unter Berücksichtigung der Umstände des Falles zumutbar. Eine Unzumutbarkeit kann anzunehmen sein, wenn die Beklagte mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung bereits Dispositionen getroffen, etwa den Arbeitsplatz gutgläubig neu besetzt hat.

4. Der Fortsetzungsanspruch des Klägers scheidet nicht daran, dass die Betriebsveräußerung in der Insolvenz erfolgt ist.

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat im Urteil vom 10.12.1998 (8 AZR 324/97, DB 1999, 537) ausgeführt, es bestehe keine Berechtigung, den Fortsetzungsanspruch auch im Falle des Konkurses des alten Betriebsinhabers anzuerkennen. Im Falle des im Insolvenzverfahren vollzogenen Betriebsübergangs bestehe keine Notwendigkeit, einen solchen Fortsetzungsanspruch anzuerkennen. Gemäß Art. 4 a Abs. 1 der Richtlinie 98/50/EG vom 29.06.1998 finde die Richtlinie im Insolvenzverfahren nur Anwendung, wenn die Mitgliedsstaaten dies vorsähen. Eine solche Regelung zum Fortsetzungsanspruch des wirksam entlassenen Arbeitnehmers habe weder der deutsche Gesetzgeber noch die Rechtsprechung geschaffen. Dieser Rechtsprechung folgen etwa das LAG Hamburg (Urteil vom 20.03.2002 – 3 Sa 5/01 – juris, nicht rechtskräftig geworden) und das LAG Frankfurt/Main (Urteil vom 25.01.2001 – 11 Sa 908/99 – juris).

Die Kammer ist der Auffassung, dass der Fortsetzungsanspruch auch bei der Insolvenz des Betriebsveräußerers gerechtfertigt sein kann (im Ergebnis ebenso: LAG Hamm, Urteil vom 11.11.1998 – 2 Sa 1111/98 – NZA-RR 1999, 576; mit näherer Begründung auch *Raabe*, RdA 2000, 147, 159 f.). Richtig ist, dass nach deren Art. 5 Abs. 1 die nunmehr maßgebliche Richtlinie 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12.03.2001 keine Anwendung im



Insolvenzverfahren findet, wenn die Mitgliedsstaaten nichts anderes bestimmen. Eine solche andere Bestimmung enthält jedoch § 613 a BGB im nationalen Recht, der auch im Fall der Insolvenz anzuwenden ist. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Diese Auffassung wird auch von der Literatur geteilt (vgl. etwa KR-Pfeiffer, 6. Aufl., § 613 a BGB Rn 94 f.). Sie wird inzwischen durch § 128 InsO bestätigt. Deshalb besteht kein sachlich gerechtfertigter Grund, den bei einer Betriebsveräußerung außerhalb des Insolvenzverfahrens anerkannten Fortsetzungsanspruch im Fall der Insolvenz nicht anzuerkennen. Für ihn sprechen die gleichen Erwägungen. Den Besonderheiten des Insolvenzverfahrens ist zum einen durch die Regelungen der Insolvenzordnung hinreichend Rechnung getragen. Der Fortsetzungsanspruch in der Insolvenz ist nämlich zeitlich begrenzt. Seine Voraussetzungen müssen in der Höchstfrist des § 113 Abs. 1 S. 2 InsO entstanden sein (so zutreffend LAG Hamm, Urteil vom 27.03.2003, a. a. O.). Auch besteht kein Wiedereinstellungs- oder Fortsetzungsanspruch, wenn der Veräußerer aufgrund eines Sanierungskonzeptes Arbeitnehmern kündigt, um seinen Betrieb besser veräußern zu können (vgl. Hergenröder, a. a. O., Rn 474). Hierbei kann der Insolvenzverwalter auf die Regelungen in §§ 125 ff. InsO zurückgreifen, deren Sinn es auch ist, dass zur Sanierung notwendige Betriebsänderungen zügig durchgeführt werden können. Zum anderen ist ggf. im Rahmen der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu prüfen, ob sich wider Erwarten ein Erwerber für den insolventen Betrieb gefunden hat, der aber ein Unternehmenskonzept verfolgt, das eine geringere Anzahl an Arbeitnehmern vorsieht (vgl. Hergenröder, a. a. O., Rn 483).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 2. April 2004, 3 Sa 1870/03, Rev. zugel.

### 383. Betriebliche Übung, Tariflohnerhöhung

1. Die vorbehaltlose exakte Weitergabe von Tariflohnerhöhungen nach Ende der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages durch den nicht tarifgebundenen Arbeitgeber an den ebenfalls nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer, lässt mangels anderweitiger Vereinbarungen allein noch keinen Anspruch auf Lohnerhöhung, aus betrieblicher Übung entstehen. Angesichts des Interesses des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers, seine Freiheit bezüglich der Lohnerhöhung zu behalten, kann der klagende Arbeitnehmer nicht von einem Verpflichtungswillen des Arbeitgebers ausgehen.

2. In Anwendung dieser Grundsätze konnte die Klägerin nicht davon ausgehen, der Beklagte habe sich auch für die Zukunft verpflichten wollen, die von ihm gezahlten Gehälter stets entsprechend dem Lohn- und Gehaltstarifvertrag des Hessischen Einzelhandels anzupassen und zu erhöhen. Die für eine derartige Auslegung aus Sicht der Klägerin zu fordernden deutlichen Anhaltspunkte im Verhalten des Beklagten ergeben sich nicht aus der vorbehaltlosen Weitergabe der Tarif-

lohnerhöhungen und der tarifvertraglichen Eingruppierung der Arbeitnehmer seit Ende der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages bis zum 01. Juli 2003. Dies gilt selbst dann, wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, der Beklagte habe stets die Gehaltserhöhungen des Tarifvertrages exakt weitergegeben. In diesem Verhalten konnte die Klägerin angesichts des oben ausgeführten Interesses des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers, seine Freiheit bezüglich der Lohnerhöhungen zu behalten, keinen Verpflichtungswillen des Beklagten sehen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Tarifvertrag zuerst allgemeinverbindlich war und der Beklagte in Kenntnis dessen trotzdem durch die Weitergabe der entsprechenden Gehaltserhöhungen den Tarifvertrag weiterhin angewendet hat. Entscheidend ist, dass der Beklagte nach Ende der Allgemeinverbindlichkeit nicht mehr an den Lohn- und Gehaltstarifvertrag gebunden war und diese Freiheit nicht durch die Weitergabe der tariflichen Lohnerhöhungen wieder aufgeben wollte. Mangels Mitgliedschaft des Beklagten in einem Arbeitgeberverband war der Lohn- und Gehaltstarifvertrag nicht mehr anwendbar. Dies war für die Klägerin auch erkennbar.

Weitere Anhaltspunkte, die für einen Verpflichtungswillen des Beklagten sprechen könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

■ Arbeitsgericht Gießen

vom 1. April 2004, 3 Ga 6/04, Berufung zugel.

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: /72987, E-mail: info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

### 384. Betriebsschließung, Urlaubsübertragung, betriebliche Übung

Entsprach es im laufenden Arbeitsverhältnis einer ständig praktizierten betrieblichen Handhabung, dass im Kalenderjahr nicht genommener Urlaub entgegen § 7 Abs. 3 BUrlG noch im gesamten Folgejahr gewährt worden ist, so bezog sich eine dadurch entstandene betriebliche Übung nicht auf den Fall, dass der Betrieb bereits zu Beginn eines Kalenderjahres, für das ein anteiliger Urlaub verlangt wird, stillgelegt wird. Dies gilt erst recht durch eine Betriebsstilllegung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens. In diesem Fall verfällt der Urlaubsanspruch spätestens am 31. März des Folgejahres, wenn der Arbeitnehmer während der gesamten Zeit dauernd arbeitsunfähig erkrankt war.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 23. März 2004, 2 Sa 2163/03

### 385. Arbeitsvertrag, Lage der täglichen Arbeitszeit, Bewerbungsbogen, Auslegung

Gibt der Arbeitnehmer auf die Frage im Einstellungsbogen „Wann können Sie arbeiten?“ bestimmte Uhrzeiten und /oder Tage an, und wird dieser Bogen Bestandteil des Arbeitsvertrages, der keine anderweitige Regelung zur Lage der täglichen

## Allgemeines Vertragsrecht

Arbeitszeit enthält, ist diese Arbeitszeitregelung Vertragsinhalt geworden.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 21. Oktober 2003, 13 Sa 514/03

### Anmerkung:

Das Urteil stellt zutreffend darauf ab, dass Absprachen vor Vertragsschluss ohne Bedeutung sind, wenn sie im nachfolgenden Arbeitsvertrag keinen Niederschlag finden. Eine Vertragsklausel, die die Arbeitszeittage offen gehalten hätte, stünde dem ursprünglichen Wunsch des Arbeitnehmers also entgegen. Zweifeln darf man indessen, ob das Fehlen einer Klausel nicht auch schon den Charakter einer Öffnung hat. Entscheidend war aber die unbedachte Wirkung der Standortklausel, die Angaben im Bewerbungsbogen zu einem Vertragsbestandteil machte. (me)

### 386. Direktionsrecht, Versetzung, soziale Auswahl, Darlegungs- und Beweislast

1. Findet sich in einem Arbeitsvertrag keine Versetzungsklausel, so ist eine einseitige Versetzungsmöglichkeit durch Direktionsrecht des Arbeitgebers an einen anderen Ort außerhalb des Betriebes – und sei dieser auch nur 13 km entfernt – nicht gegeben.

2. Diese fehlende Zuweisungsmöglichkeit hindert auch die Einbeziehung der an dem anderen Ort noch beschäftigten Arbeitnehmer in die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG, weil der Vergleichbarkeit die fehlende rechtliche Austauschbarkeit entgegensteht. Die nunmehr angesichts der ausgesprochenen Kündigung erklärte Bereitschaft des Arbeitnehmers zum Einsatz an diesem weiteren Betriebsort ändert hieran nichts.

3. Lässt sich mangels Vorhandenseins eines schriftlichen Anstellungsvertrages nicht klären, ob der Arbeitnehmer ohne sein Einverständnis auch an einen anderen Ort versetzt werden könnte, so geht dies zu seinen Lasten. Für die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl trägt nach eindeutiger gesetzlicher Regelung (§ 1 Abs. 3 S. 3 KSchG) der Arbeitnehmer die Beweislast.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 17. Februar 2004, 6 Sa 518/03

### 387. Bemessung einer arbeitsvertraglich vereinbarten Erfolgsbeteiligung; Auslegung von Erklärungen auf einer Abteilungsversammlung; Darlegungs- und Beweislast für die Ausübung billigen Ermessens

1. Haben die Arbeitsvertragsparteien vereinbart, der Arbeitnehmer erhalte zu seinem Gehalt eine Erfolgsbeteiligung, deren Höhe sich nach dem Betriebsergebnis richte, so hat der Arbeitgeber die Erfolgsbeteiligung nach billigem Ermessen festzulegen.

2. Stellt der Arbeitgeber auf einer Versammlung ein bestimmtes, künftig anzuwendendes System der Berechnung der Erfolgsbeteiligung vor, so hat er eine Leistungsbestim-

mung getroffen, in der Regel aber keine den Arbeitsvertrag ändernde Gesamtzusage abgegeben.

3. Zur Frage der Verwirkung des Geltendmachens unbilliger Leistungsbestimmung bei Ergebnisbeteiligung.

4. Vornahme der Leistungsbestimmung durch das Gericht im Einzelfall.

Wenn nun der Arbeitgeber auf einer Versammlung darstellt, nach welchen Kriterien künftig die Berechnung dieser Erfolgsbeteiligung vorgenommen werden sollte, dann liegt die Annahme nahe, dass er mit einer solchen Erklärung in Entsprechung der arbeitsvertraglichen Regelung sein Leistungsbestimmungsrecht ausübt – und nicht, dass er eine Abweichung vom Arbeitsvertrag schaffen will, eine zusätzliche, die bisherigen Bestimmungen ersetzende Regelung. Ist letzteres richtig, dann kann, wie auch das Erstgericht zutreffend ausführt, der Arbeitgeber einseitig eine neue, im Rahmen des Arbeitsvertrages liegende, abweichende Bestimmung treffen. Auch diese Bestimmung muss die Abhängigkeit vom Betriebsergebnis beachten und billigem Ermessen nach § 315 BGB entsprechen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 7. Oktober 2003, 6 (3) Sa 252/01

### 388. Arbeitsvertragliche Einbeziehung diverser tariflicher Regelungen, AGB-Kontrolle als überraschende Klausel

Die arbeitsvertragliche Regelung, „auf das Arbeitsverhältnis der Parteien sind alle ergänzenden Tarifverträge in der jeweils gültigen Fassung sowie für den Arbeitgeber jeweils anzuwendenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge anwendbar“, ist keine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c BGB.

Die Vereinbarung ist auch klar und verständlich. Sie verstößt auch nicht gegen das Gebot von Klarheit und Verständlichkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es muss nur klar sein, welcher Spartentarifvertrag zur Anwendung kommen soll. Die Aufzählung aller konkret geltenden Tarifverträge der Sparte kann trotz Transparenzgebot nicht verlangt werden. Der Arbeitnehmer ist auch in der Lage, bei Feststehen der anzuwendenden Spartentarife, sich über die einzelnen Tarifverträge beim Arbeitgeber Kenntnis zu verschaffen, der gemäß § 8 TVG verpflichtet ist, die für den Betrieb maßgebenden Tarifverträge an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen.

Abgesehen davon, nennt § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 10 NachwG als nachzuweisenden Mindestinhalt einen Hinweis u. a. auf die Tarifverträge, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind (vgl. BAG Urteil vom 23.01.2002 – 4 AZR 56/01–).

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 27. Januar 2004, 7 Sa 635/03

eingereicht von Rechtsanwalt Herbert Winter, Macherstraße 58, 01917 Kamenz, Tel.: 03578/3016–66, –67, Fax: –68, E-mail: info@kanzleiteam.de, www.kanzleiteam.de

### 389. Höhe der Verzugszinsen bei Ansprüchen des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt

Dem Arbeitnehmer steht auf rückständiges Arbeitsentgelt der erhöhte Zinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB n.F. nicht zu.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 26. März 2004, 8 Sa 262/04, Rev. zugew.

### 390. Keine Nettolohnvereinbarung kraft betrieblicher Übung

Das Arbeitsverhältnis des Klägers als Betriebsprüfer war nach Maßgabe des § 28 p Abs. 11 SGB IV von einer Krankenkasse auf den Träger der Rentenversicherung übergegangen. Arbeitsvertraglich hatten die Parteien vereinbart, dass der Kläger im neuen Arbeitsverhältnis alle im letzten Kalendermonat bei der Ersatzkasse erhaltenen Bezüge, Vergütungen und Zulagen erhalten sollte.

Die Parteien streiten über eine monatliche Ausgleichszulage, die im Arbeitsverhältnis bei der Krankenkasse über Jahre monatlich als Nettobetrag ausgezahlt wurde. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass mit der vielfach wiederholten Auszahlung ein Nettolohnanspruch kraft betrieblicher Übung begründet worden sei, so dass auch die Beklagte die Auszahlung des Nettobetrages schulde. Die Beklagte war der Ansicht, der Anspruch bestehe überhaupt nicht, keinesfalls aber als Nettzahlung, da eine Rechtsgrundlage für die steuerfreie Zahlung nicht gegeben sei.

Bereits das Arbeitsgericht Kassel (5 Ca 642/02) hatte zwar den Anspruch grundsätzlich, nicht jedoch als Nettoauszahlung anerkannt. Das Hessische Landesarbeitsgericht hat sich den Ausführungen vollumfänglich angeschlossen:

1. Als Nettobetrag kann dem Kläger die eingeklagte Forderung nur dann zustehen, wenn der Zahlung eine Nettolohnvereinbarung zugrunde liegt, d. h. wenn zwischen ihm und dem vorherigen Arbeitgeber eine Vereinbarung dahingehend bestanden hat, dass dieser zusätzlich zu dem ausbezahlten Nettobetrag etwaige, auf diesen Betrag entfallende Steuern und Sozialversicherungsbeiträge übernimmt.

2. Aus der Nettzahlung als solcher, ohne die erkennbare Übernahme der hierauf entfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge kann der Kläger nicht den Schluss ziehen, dass sein bisheriger Arbeitgeber sich verpflichten wollte, die ihm auf Grund öffentlich rechtlicher Vorschriften obliegende Pflicht zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen zu übernehmen. Es kann weder von einem konkludenten Angebot ausgegangen werden, dass der Kläger hätte annehmen können, noch von einer entsprechenden betrieblichen Übung.

3. Auch aus der jahrelangen steuerfreien Auszahlung ist eine betriebliche Übung nicht entstanden. Selbst die explizite Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Leistung als steuerfrei erbringt, bedeutet regelmäßig nur, dass die Parteien davon ausgehen, die Leistung unterliege nach steuerrechtlichen Vorschriften nicht der Steu-

erpflicht und kann daher ohne Steuerabzug erbracht werden. Erweist sich diese Annahme aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als unzutreffend, dann tritt die gesetzliche Regel in Kraft, wonach der Arbeitnehmer als Steuerschuldner die anfallenden Lohnsteuern zu tragen hat (vgl. auch BAG vom 18.01.1974, AP Nr. 19 zu § 670 BGB).

Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 16.07.2004, 3 Sa 1562/03, rechtskräftig.  
eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Striegel, Christophstraße 18, 34123 Kassel, Tel.: 0561/570850, Fax: 0561/5708511, E-mail: mail@striegel-rechtsanwaelte.de, www.striegel-rechtsanwaelte.de

### 391. Nichterfüller-Erlass, Gleichbehandlung, Lehrer, Berufungsfrist, fehlende Urteilszustellung

1. Auch nach der Neufassung des § 66 Abs. 1 ArbGG durch das ZPO-Reformgesetz vom 27.07.2001 (BGB I, S 887) ist die Frist des § 9 Abs. 5 ArbGG weiterhin neben der Frist des § 66 Abs. 1 ArbGG anzuwenden, wenn das Urteil des Arbeitsgericht nicht zugestellt wurde.

2. Soweit eine Vergütungsregelung für beamtete Lehrer durch Gesetz geregelt ist, kann diese nicht ohne Weiteres auch auf angestellte Lehrer übertragen werden. Diese ist vielmehr an dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13. November 2003, 5 Sa 759/03, Rev. eingelegt zum AZ 4 AZR 35/04

### 392. Prozessvergleich, Freistellungsvereinbarung als Vergütungsanspruch bei Arbeitsunfähigkeit

Wird in einem Prozessvergleich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer unwiderruflich unter Fortzahlung der Bezüge bis zum Beendigungstermin freigestellt, so stellt dies eine eigene Anspruchsgrundlage auf Zahlung des Arbeitslohns dar. Dies gilt vor allem dann, wenn wegen andauernder Arbeitsunfähigkeit ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG nicht mehr besteht.

Nach Ziff. 2 dieses Vergleichs ist der Kläger bis zum Beendigungszeitpunkt (31. März 2004) unwiderruflich unter Anrechnung sämtlicher noch bestehender Erholungsurlaubsansprüche sowie unter Fortzahlung der Bezüge von der Arbeitsleistung freigestellt.

Die Auslegung von Ziff. 2 des Vergleichs ergibt, dass dem Kläger für die Zeit vom 16. Januar bis 31. März 2004 gegen die Beklagte ein Zahlungsanspruch zusteht.

Für die hier gefundene Auslegung der Ziff. 2 des Vergleichs spricht bereits der Wortlaut der Vereinbarung. Denn mit der Vereinbarung wird der Kläger von der Verpflichtung zur Erbringung seiner Arbeitsleistung unwiderruflich freigestellt, während die Beklagte bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zur Fortzahlung der Bezüge verpflichtet bleibt. Damit bleibt die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers bestehen,

## Allgemeines Vertragsrecht

während der Arbeitnehmer von seiner Hauptleistungspflicht entbunden wird. Für den Zahlungsanspruch des Klägers kam es nach der Vereinbarung also gerade nicht darauf an, ob er auch tatsächlich arbeitete.

Der Auffassung der Beklagten, dass die Formulierung „Fortzahlung“ gegen eine eigenständige Anspruchsgrundlage spreche, vermag sich die Kammer nicht anzuschließen. Denn für die damit verbundene Annahme der Beklagten, dass lediglich die zuvor gezahlten Bezüge in gesetzlicher Höhe fortgezahlt werden sollten, findet sich ansonsten in Ziff. 2 des Vergleichs keine Stütze. Vielmehr führt – wie bereits dargelegt – die Auslegung des Wortlautes der Vereinbarung zum gegenteiligen Ergebnis. Gegen die Auffassung der Beklagten spricht auch der Sachzusammenhang in dem die Parteien diese Vereinbarung im Vergleich getroffen haben. Am 15. Januar 2004 als die Parteien den Vergleich vor Gericht geschlossen haben, war der Kläger bereits seit über 8 Monaten arbeitsunfähig erkrankt und hat nicht mehr gearbeitet. Auch der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum nach § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz war zu diesem Zeitpunkt längst abgelaufen. Wenn die Parteien in dieser Situation vereinbarten, dass der Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung der Bezüge von der Arbeitsleistung freigestellt wird, so sprechen auch die tatsächlichen Umstände dafür, dass die Parteien mit Ziff. 2 des Vergleichs für die Zukunft einen Zahlungsanspruch des Klägers begründet haben unter gleichzeitiger Freistellung des Klägers von der Erbringung der Arbeitsleistung. Denn in Kenntnis der Tatsache, dass der Kläger bereits seit über 8 Monaten arbeitsunfähig erkrankt war und der Entgeltfortzahlungszeitraum bereits seit geraumer Zeit abgelaufen war, haben die Parteien Ziff. 2 des Vergleichs wie geschehen formuliert. Damit haben sie zum Ausdruck gebracht, dass die Beklagte bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bei Fortzahlung der Bezüge auf die Arbeitsleistung des Klägers verzichtet.

### ■ Arbeitsgericht Gießen

vom 9. Juni 2004, 6 Ca 118/04, Berufung eingelegt eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: /72987, E-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

### 393. Prozessvergleich, Anfechtung

1. Wird ein in einem Kündigungsrechtsstreit geschlossener Prozessvergleich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung von dem beklagten Arbeitgeber nach § 123 mit der Begründung angefochten, der Kläger habe ihn über die Aufrechterhaltung etwaiger Vergütungsansprüche getäuscht, so obliegt nach dem Bestreiten eines Vergütungsverzichts durch den Kläger dem Beklagten die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, wer, wann, was, zu wem mit welchem Inhalt gesagt hat.
2. Auf die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes auf individualrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers sind

sehr strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere im Hinblick auf einen eindeutigen Verzichtswillen (BAG Urteil vom 18.11.1984, AP § 118 BetrVG 1972 Nr. 4; Erfurter Kommentar, 4. Aufl., § 611 Rn 490).

Es ist anerkannt, dass ein gerichtlicher Vergleich von den Prozessparteien aufgrund ihrer Willenserklärungen zum Zustandekommen eines Vergleichs wegen arglistiger Täuschung angefochten werden kann (BAG Urteil vom 15.05.1997 – 2 AZR 43/96–, AR-Blattei Anfechtung Nr. 28; Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Arbeitsgerichtsprozess, 2. Aufl., Rn 141, S. 180).

Haben die Parteien nach der überkommenen Art in einer mündlichen Verhandlung einen Vergleich protokollieren lassen, so ist im Falle der Vergleichsanfechtung das ursprüngliche Verfahren fortzusetzen. Im fortgesetzten Verfahren ist festzuhalten, ob der Rechtsstreit wirksam beendet wurde.

Gemäß § 123 BGB hat ein Anfechtungsrecht, wer durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist.

Auch ein gerichtlicher Vergleich kann angefochten werden, wenn eine Partei vom Prozessgegner oder einem Dritten, dessen Verhalten sich der Prozessgegner zurechnen lassen muss, durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Vergleichs bestimmt worden ist. Dies folgt aus der Doppelnatur des Prozessvergleichs (BGH Urteil vom 24.10.1984 – IV b 2/2 35/83 –, MJW 1985, 1962; 1963; BAG Urteil vom 15.05.1997 – 2 AZR 43/96 –).

Die arglistige Täuschung setzt das Hervorrufen oder Aufrechterhalten eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen voraus.

Die Täuschung muss die Abgabe der Erklärung zumindest ursächlich veranlasst haben. Erforderlich ist ferner, dass sich der Täuschende bewusst war, den anderen wenigstens möglicherweise zu schädigen. Das Verschweigen wesentlicher Tatsachen begründet insoweit allerdings eine arglistige Täuschung nur dann, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung oder zur Offenbarung bestand, das heißt wenn unter den Vertragsparteien ein so enges Vertrauensverhältnis bestanden hat, dass die Mitteilung der verschwiegenen Tatsachen nach der Verkehrsauffassung redlicherweise erwartet werden durfte (Arbeitsrecht-Blattei systematische Darstellungen, Anfechtung, Rn 11 und 12).

Die Anfechtung als Auswirkung eines unselbständigen Gestaltungsrechts erfolgt durch formlose Erklärung desjenigen, der die fehlerhafte Willenserklärung abgegeben hat gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 143 BGB); das Anfechtungsrecht ist unwiderruflich und bedingungsfeindlich.

Die Anfechtung gemäß § 123 BGB muss binnen Jahresfrist nach Entdeckung der Täuschung oder nach Aufhören der durch die Drohung hervorgerufenen Zwangslage erfolgen (§ 124 BGB).

Die Darlegungs- und Beweislast für die zur Anfechtung berechtigten Umstände sowie deren Ursächlichkeit für die angefochtene Willenserklärung trägt der Anfechtende; das gilt auch, soweit es um eine Täuschung durch arglistiges



Verschweigen handelt (BAG Urteil vom 15.05.1997 – 2 AZR 43/96–; Erfurter Kommentar, 4. Aufl., § 611 BGB, Rn 426; RGRK-Krüger-Nieland, BGB, 12. Aufl., § 123 BGB Rn 68 m. w. N.). Die Beklagte behauptet im Anfechtungsschreiben vom 16.02.2004, den gerichtlichen Vergleich vor dem Hintergrund geschlossen zu haben, dass Vergütungsansprüche des Klägers nicht mehr entstehen können, da der Kläger auf die Vergütung für den Zeitraum vom 23.10.2003 bis zum 31.12.2003 verzichtet habe.

Der Verzicht auf die Vergütung in der Güteverhandlung wird vom Kläger bestritten. Nach dem Bestreiten des Klägers hätte die Beklagte ihre Behauptungen weiter substantiieren müssen. Es fehlt am Vortrag der Beklagten in der Form, wann, wer, was, zu wem mit welchem konkreten Inhalt in der Verhandlung am 18.11.2003 gesagt hat. Für die Behauptungen hätte Beweis angeboten werden müssen. Der Schriftsatz der Beklagten vom 07.04.2004 enthält diesbezüglich keine konkreten Ausführungen der Beklagten, sondern nur bloße pauschale Behauptungen.

Regelmäßig wird nur über die Rechtmäßigkeit der Kündigung gesprochen und noch nicht im Detail über die Folgen der Umdeutung einer fristlosen Kündigung in einer ordentlichen Kündigung.

Aufgrund der Sachnähe hat der Arbeitgeber zwar ein Interesse daran, dass auch über den Annahmeverzugslohn gesprochen wird. Das ist jedoch regelmäßig in der gerichtlichen Praxis selten der Fall.

An die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes auf individualrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers sind sehr strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere im Hinblick auf einen eindeutigen Verzichtswillen (BAG Urteil vom 18.11.1984, AP § 118 BetrVG 1872 Nr. 4, Erfurter Kommentar, 4. Aufl., § 611 BGB Rn 490).

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 4. Juni 2004, 8 Ca 1126/04

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462–0, Fax: –24; E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

### 394. Rückwirkungsverbot, Vertrauensschutz, Gleichbehandlung, Versorgungsbezüge

Eine verstärkte Anrechnung der gesetzlichen Rente auf beamtenrechtliche Versorgungsbezüge ist nicht nur für Beamte zulässig, sondern auch für Personen, die unter den Geltungsbereich des Art. 131 GG fallen, ohne selbst Beamte zu sein. Insoweit gelten die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze (BVerfG v. 30.9.1987, – 2 BvR 933/82–) entsprechend.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 29. Juli 2003, 13 Sa 273/03

### 395. Schriftform, Vertragsänderung, Verwirkung

Der Arbeitnehmer kann sich bei vertraglich festgelegter Schriftform für Vertragsänderungen dann nicht auf deren Nichteinhaltung berufen, wenn mehrfach schon im beiderseitigen Einvernehmen Änderungen des Vertrages erfolgt sind, ohne dass der Vertragsinhalt den Absprachen auch schriftlich angepasst worden war.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 1. April 2004, 6 Sa 1214/03, Rev. zugel.

### 396. Schriftformklausel, Verweigerung der Schriftform

Will eine Partei eine Zusage ausdrücklich „nicht schriftlich geben“, so spricht das dafür, dass ein vertragliches Schriftformerfordernis nicht aufgehoben wurde und die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung nicht übereinstimmend gewollt haben.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 7. November 2003, 4 Sa 643/03

### 397. Schriftform, Auflösungsvertrag, Treu und Glauben

Ein Auflösungsvertrag, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand hat, bedarf der Schriftform.

Einer Vertragspartei, die sämtliche Vorteile aus einem nichtigen Vertrag gezogen hat, ist es nach Treu und Glauben versagt, sich auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen Formmangels zu berufen (BGH vom 14.06.1996 V ZR 85/95 = NJW 1996, 2503 f).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 27. August 2003, 8 Sa 268/03, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter dem Aktenzeichen 9 AZN 757/03

### 398. Sprachkurs, Bildungsurlaub

Für die Teilnahme an Sprachkursen (hier: Schwedisch II und Schwedisch III) besteht Anspruch auf Bildungsurlaub nach § 1 NBildUG.

Die weite Fassung des Bildungsbegriffs in § 1 NBildUG verstößt nicht gegen Art. 12 GG.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 20. Januar 2004, 13 Sa 1042/03, Rev. zugel.

### 399. Ersatz von Vorstellungskosten, Erfassung durch Ausgleichsklausel im Vergleich, Verjährung

1. Vorstellungskosten aus Anlass der Eingehung des Arbeitsverhältnisses werden, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt, von einer Ausgleichsklausel in einem gerichtlichen Vergleich erfasst, die eine Erledigung „aller eventueller finanzieller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung“ vorsieht.

2. Ansprüche auf Ersatz von Vorstellungskosten unterliegen der kurzen Verjährungsfrist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 29. September 2003, 6 Sa 882/02

## Allgemeines Vertragsrecht

### 400. Vergütungsvereinbarung, Bezugnahme auf Tarifvertrag, abweichende Vereinbarung, Vergleich

1. Richtet sich das Arbeitsverhältnis eines Angestellten mit einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn kraft Bezugnahme-Klausel nach den Vorschriften des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT), können die Parteien einen Kündigungsschutzprozess wegen einer außerordentlichen Verdachtskündigung wirksam durch einen Vergleich erledigen, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegen eine Vergütung nach einer niedrigeren Vergütungsgruppe, als sie nach beiderseitiger Tarifgebundenheit nach § 22 BAT zur Anwendung käme, vorsieht.

2. Weder ist dieser Vergleich nach § 779 Abs 1 BGB unwirksam noch entfällt seine Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB (seit 01.01.2002 § 313 Abs 1 BGB nF), wenn sich der zurzeit seines Abschlusses bestehende Verdacht einer Straftat später als ungerechtfertigt herausstellt. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer auch nicht in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zu einem Wiedereinstellungsanspruch (grundlegend BAG 14.12.1956 – 1 AZR 29/55 – AP Nr 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht) die Vergütung nach der Vergütungsgruppe (wieder) verlangen, deren Tätigkeitsmerkmale er erfüllt (§ 22 BAT).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 2. Oktober 2003, 11 (6) Sa 937/03, Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 4 AZR 9/04

### 401. Vergütungsvereinbarung, Auslegung, Eingruppierung, Wareneingang, Lagerarbeiter

1. Enthält ein Arbeitsvertrag folgende Vergütungsvereinbarung: „Es wird ein monatlicher Bruttolohn von DM... vereinbart. Die Eingruppierung erfolgt nach der Tarifgruppe XY, DM... des jeweils gültigen Lohntarifvertrags,“ so steht dem Arbeitnehmer Vergütung in derjenigen Höhe zu, die der tariflich richtigen Eingruppierung des fraglichen Tarifwerks entspricht, auch wenn der Arbeitgeber nicht originär tarifgebunden ist.

2. Zur Eingruppierung einer im Wareneingangsbereich eines großen Warenverteilzentrums beschäftigten Arbeitnehmerin gemäß Lohngruppe II nach § 2 des Lohntarifvertrages für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 2. Juli 2003, 7 Sa 26/03, Rev. eingelegt zum AZ 8 AZR 619/03, nachgehend BAG 14. Januar 2004, 8 AZR 619/03 sonstige Erledigung

### 402. Vertragsstrafe, Herabsetzung

Gemäß § 307 BGB sind Bestimmungen in Formulararbeitsverträgen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wobei hierfür grundsätzlich ein genereller, vom Einzelfall losgelöster Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen ist (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.1998, Az. V ZR 6/97, NJW 1998, 2600).

Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere

dann vor, wenn die Parteien eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe vereinbart haben. Die Vertragsstrafe darf zu einem möglichen Schaden nicht außer Verhältnis stehen.

Dieses ist der Fall bei einer Kündigungsfrist von zwei Wochen, wenn die Vertragsstrafe vereinbart ist mit 20 Bruttotagesverdiensten, also dem doppelten Betrag, den die Beklagte im Rahmen der Kündigungsfrist aufzuwenden gehabt hätte und der bei weitem den Betrag übersteigt, den die Beklagte mit der Tätigkeit der Klägerin bei einem Entleiher als Gewinn hätte erzielen können. Dieses Missverhältnis steht, jedenfalls im Rahmen der Probezeit einer Arbeitnehmerin, außer Verhältnis und ist deshalb zu beanstanden.

Während nach früherem Recht eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Arbeitnehmers durch Urteil nach § 343 Abs. 1 BGB herabgesetzt werden konnte, scheidet dieses nunmehr im Anwendungsbereich des § 307 BGB aus. § 343 BGB ist alleine auf Individualvereinbarungen zugeschnitten, nicht aber auf Regelungen in Formulararbeitsverträgen. Im Rahmen des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt insoweit vielmehr § 306 BGB, der als Rechtsfolge bestimmt, dass diese Bestimmung dann nicht Vertragsbestandteil geworden ist und sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften regelt. Die gesetzlichen Vorschriften sehen aber eine Vertragsstrafe nicht vor.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 31. Oktober 2003, 16 Sa 1211/03

### 403. Überstunden, Arbeitszeitkonto, Verfallfrist

1. Die Klägerin hat ihren Vergütungsanspruch schlüssig dargelegt. Entgegen der Auffassung der Beklagten musste die Klägerin nicht darlegen, wann sie die Überstunden geleistet hat, und dass diese von der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin angeordnet oder geduldet oder erforderlich waren. Denn ein Zeitguthaben auf einem für den Arbeitnehmer geführten Arbeitszeitkonto drückt nur in anderer Form den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aus. Deshalb genügt es für die Schlüssigkeit einer Klage, die auf Ausgleich des Guthabens auf einem Arbeitszeitkonto gerichtet ist, dass der Arbeitnehmer die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos und das Guthaben zum Auszahlungszeitpunkt darlegt (BAG, Urteil vom 13.03.2002, DB 2002, S. 2382 f.).

2. Nach § 3.9 des Manteltarifvertrages für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23.03.1995 (nachfolgend: MTV), der am 30.10.1995 allgemeinverbindlich erklärt wurde (Bundesanzeiger Nr. 230 vom 07.12.1995) sind Mehr- oder Minderarbeitsstunden von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, die mit Arbeitszeitkonten beschäftigt werden, innerhalb eines Zeitraums von 3 darauffolgenden Monaten (Ausgleichszeitraum) auszugleichen.

Nach § 3.10 MTV ist das angesammelte Zeitguthaben auszugleichen, wenn zum Ende des jeweiligen Ausgleichszeitraums

von 3 Monaten dennoch die regelmäßige Arbeitszeit (3\*169 Stunden = 507 Stunden) überschritten wird. Dabei ist die Hälfte des Zeitguthabens mit einem Zeitzuschlag von 50% auszuzahlen, die andere Hälfte mit einem Zeitzuschlag von 50% in Freizeit zu gewähren. Auf Wunsch des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin ist auch die andere Hälfte der aufgelaufenen Stunden in Freizeit mit 50% Zuschlag zu gewähren. Keine ausdrückliche Regelung enthält der MTV zum Ausgleich des Zeitguthabens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da nach dessen Beendigung die Gewährung von Freizeit durch den Arbeitgeber jedoch nicht mehr möglich ist, kann nur noch ein Anspruch auf Vergütung des Zeitguthabens bestehen (BAG, Urteil vom 24.10.1990, a. a. O.).

3. Der Zahlungsanspruch der Klägerin ist nicht verfallen. Nach § 16.1 MTV verfallen alle beiderseitigen Ansprüche, wenn sie nicht 3 Monate nach Fälligkeit geltend gemacht worden sind. Beim Ausscheiden aus dem Betrieb verfallen alle Ansprüche nach 2 Monaten.

Der Anspruch der Klägerin auf Vergütung des Zeitguthabens ist erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig geworden. Denn während des bestehenden Arbeitsverhältnisses hatte sie Anspruch auf Freizeitausgleich. Weder die Beklagte noch deren Rechtsvorgängerin haben jemals eine Vergütung an die Klägerin für geleistete Überstunden gezahlt. Davon hat die Berufungskammer auszugehen, da die Klägerin vorgetragen hat, Mehr- oder Minderarbeitsstunden seien mit Freizeit abgegolten bzw. nachgearbeitet worden und die Beklagte ihrerseits nicht behauptet hat, sie bzw. ihre Rechtsvorgängerin hätten nach Maßgabe des MTV nach Ablauf des Ausgleichszeitraums von 3 Monaten die Hälfte des Zeitguthabens ausgezahlt.

Zudem haben weder die Klägerin noch die Beklagte behauptet, die Klägerin habe es nicht gewünscht, dass die aufgelaufenen Überstunden vollständig in Freizeit ausgeglichen werden. Somit waren die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses nicht nach § 3.10 Abs. 2 Satz 1 MTV zur Auszahlung der Hälfte des Zeitguthabens verpflichtet, sondern konnten der Klägerin in vollem Umfang Freizeit gewähren. Mithin ist der Vergütungsanspruch für das gesamte, noch nicht ausgeglichene, Zeitguthaben erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig geworden.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 30. April 2004, 9 Sa 1944/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Christian Puhr-Westerheide,  
Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel.: 02065/3000-0,  
Fax: -50, E-mail: info@ra-npp.de, www.ra-npp.de

#### 404. Urlaubsentgelt, Masseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 3, Insolvenz, Masseunzulänglichkeit, Rechtsschutzbedürfnis in der Insolvenz

1. Der Urlaubsanspruch ist ein Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, von den nach dem Arbeitsverhältnis entstehenden Arbeitspflichten befreit zu wer-

den, ohne die übrigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere die Pflicht zur Zahlung des Arbeitsentgelts zu verändern (ständige Rechtsprechung BAG vom 08.09.1998 – 9 AZR 161/97, DB 1999, 694–695; vom 19.04.1994 – 9 AZR 713/92, BB 1994, 1569-1570).

2. Bei Urlaubsgewährung durch den Insolvenzverwalter liegt daher eine Inanspruchnahme (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO) der Gegenleistung des Arbeitsvertrages, der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, durch den Insolvenzverwalter nicht vor. Der Anspruch auf Urlaubsentgelt ist somit nicht eine Masseverbindlichkeit im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO sondern lediglich eine Masseverbindlichkeit im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

3. Für Leistungsklagen, mit denen Masseverbindlichkeiten i.S.d. §§ 55 Abs. 1, 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO verfolgt werden, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15. Oktober 2003, 8 Sa 832/03

#### 405. Urlaubsabgeltungsanspruch und Übertragungsfrist

Der Urlaubsabgeltungsanspruch entspricht rechnerisch dem Urlaubsanspruch. Insoweit tritt er an die Stelle des Urlaubsanspruchs (Surrogat).

Auf den Urlaubsabgeltungsanspruch findet § 7 Abs. 3 Satz 3 BUr1G weder unmittelbar noch mittelbar Anwendung.

■ Arbeitsgericht Weiden  
vom 14. Januar 2004, 1 Ca 1002/02

#### 406. Urlaubsabgeltung, Altersteilzeit, Blockmodell

1. Die Parteien haben in Nr. 6 des von ihnen unterzeichneten Altersteilzeitvertrages – entsprechend der Vorgabe des § 6 Ziff. 2 letzter Abs. TV ATZ – bestimmt, dass mit der Freistellung ab dem 01.09.2000 alle Urlaubsansprüche als erfüllt gelten. Damit haben die Parteien eine antizipierte Vereinbarung über die Gewährung etwaiger bei Abschluss der Arbeitsphase noch bestehender Urlaubsansprüche getroffen. Vereinbart ist die tatsächliche Gewährung offener Urlaubsansprüche durch bezahlte Freistellung von der Arbeit ab dem 01.09.2000 – und korrespondierend dazu die Auszahlung der zusätzlichen Urlaubsvergütung (Urlaubsgeld) im ersten Monat der Freistellungsphase. Die dem Kläger per 31.08.2000 noch zustehenden Urlaubstage sind ab dem 01.09.2000 tatsächlich gewährt worden, der entsprechende Urlaubsanspruch ist durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Besteht kein Urlaubsanspruch mehr, scheidet eine Abgeltung „nicht gewährten“ Urlaubs aus. Eine finanzielle Abgeltung steht dem Kläger nicht zu.

2. Zu einem anderen Ergebnis führt auch die Rechtsauffassung des Klägers nicht, die entsprechend dem Blockmodell zur Altersteilzeit vereinbarte bezahlte Freistellung ab dem 01.09.2000 schließe eine Urlaubsgewährung in Natur ab dem 01.09.2000 aus. Mit dieser Argumentation macht der Kläger geltend, der Urlaubsanspruch sei ab dem 01.09.2000 nicht

## Allgemeines Vertragsrecht

erfüllbar, weil er ab diesem Zeitpunkt bereits aus anderen Gründen bezahlt von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt gewesen sei. Dies ist für bezahlte Freistellungen, die von dem Arbeitgeber nicht als Urlaub gewährt worden sind, anerkannt. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht im Hinblick auf bestehende Urlaubsansprüche, sondern aus anderen Gründen bezahlt von der Arbeitspflicht freigestellt, so scheidet für diesen Zeitraum eine Urlaubsgewährung aus (ErfK-Dörner, 4. Aufl. 2004, § 7 BUrlG Rz 7; *Leinemann-Linck*, Urlaubsrecht, 2. Aufl. 2001, § 7 Rz 5 bis 10). Besteht bereits aus sonstigen Gründen keine Arbeitspflicht, so kann der Arbeitnehmer nicht zur Erfüllung seines Urlaubsanspruchs von der Arbeitspflicht suspendiert werden, eine Urlaubsgewährung kommt für solche Zeiträume nicht in Betracht (BAG, 14.05.1986, AP Nr. 24 zu § 7 BUrlG Abgeltung; LAG Niedersachsen, 26.07.2001, LAGE § 4 TVG Chemische Industrie Nr. 7; ArbG Berlin, 18.10.2001, ZTR 2002, 489). Allerdings ändert eine anderweitige bezahlte Freistellung nichts daran, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht und die Voraussetzungen des Anspruchs auf Urlaubsgeltung unverändert entsprechend der gesetzlichen Vorgabe nach der urlaubsrechtlichen Situation bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu beurteilen sind. Im (fort)bestehenden Arbeitsverhältnis ist eine finanzielle Abgeltung bestehender Urlaubsansprüche ausgeschlossen (ErfK-Dörner, 4. Aufl. 2004, § 7 BUrlG, Rz 85). Für den vorliegenden Fall ergibt sich dann, dass ein Abgeltungsanspruch angesichts der Bedingung des Urlaubsanspruchs an das Urlaubsjahr bzw. den Übertragungszeitraum nicht in Betracht kommt. § 7 Abs. 3 BUrlG bestimmt, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss und bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen ausnahmsweise eine Übertragung auf die ersten drei Monate des Folgejahres in Betracht kommt. Der Urlaubsanspruch ist damit auf die Dauer von Urlaubsjahr/Übertragungszeitraum befristet. Sind Urlaubsjahr bzw. Übertragungszeitraum verstrichen, ohne dass der Urlaub verlangt und gewährt worden ist, so erlischt der Urlaubsanspruch (BAG, 18.09.2001, 9 AZR 571/02 mwN.; ErfK-Dörner, § 7 BUrlG Rz 60 m.w.N.; *Leinemann-Linck*, Urlaubsrecht, 2. Aufl. 2001, § 1 BUrlG Rz 87, 131, 132; *Ziepke*, Komm. zum MTV Metall NRW, 4. Aufl. 1998, § 12 Anm. 17: Erlöschen mit dem 31.03. des Folgejahres). Bei der hier zugrunde gelegten Prämisse, dass die bezahlte Freistellung im Blockmodell der Altersteilzeit eine Urlaubsgewährung in Natur ausschließt, ergibt sich, dass dann eine Urlaubsgewährung in Natur während der Freistellungsphase vom 01.09.2000 bis zum 31.05.2001 durchgängig ausgeschlossen war. Der noch offene Urlaubsanspruch aus 2000 ist dann spätestens mit Ablauf des betriebsüblichen Übertragungszeitraums am 30.04.2001 wegen seiner Bindung an das Urlaubsjahr 2000 erloschen. Am 31.05.2001 bestand dann (ebenfalls) kein Anspruch des Klägers auf Gewährung von 27 Urlaubstagen aus 1999 und 2000. Auch vom Ausgangspunkt einer Nichterfüllbarkeit von Urlaubsansprüchen während der Freistellungsphase bleibt kein Raum für einen Abgeltungsanspruch.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 18. März 2004, 11 Sa 1450/01, Rev. zugel.

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Heinrich Gussen, Reitberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück, Tel.: 05242/9204-0, Fax: 05242/9204-48, E-mail: rechtsanwaelte@societaet-phg.de, www.societaet-phg.de

### 407. Urlaubskürzung, unbezahlte Freistellung, einstweilige Verfügung

1. Scheidet ein Arbeitnehmer nach erfüllter Wartezeit in der ersten Jahreshälfte aus dem Arbeitsverhältnis aus, so entsteht zunächst mit Beginn des Jahres der volle Urlaubsanspruch. Die gesetzlich normierte anteilige Kürzung in § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG erfolgt dann zu dem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass der Arbeitnehmer in der ersten Jahreshälfte aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet (vgl. BAG, Urteil vom 09.06.1998 – 9 AZR 43/97–, NZA 1999, 80; BAG, Urteil vom 24.10.2000 – 9 AZR 610/99 –, NZA 2001, 663; *Leinemann/Linck*, a. a. O., § 5 BUrlG Rz 37; ErfK/Dörner, 3. Aufl., § 5 BUrlG Rz 26; *Leinemann*, AuR 1987, 193, 197).

2. Der Urlaubsanspruch wird zu dem Zeitpunkt gekürzt, zu dem dem Arbeitnehmer die Kündigung zugegangen ist. Dies gilt auch, wenn bereits zuvor durch Interessenausgleich und Sozialplan der Zeitpunkt der Betriebsstillegung schon feststeht.

3. Entsteht der Kürzungstatbestand vor Antritt des erteilten Urlaubs, so kann der Arbeitgeber die nicht mehr durch den Urlaubsanspruch gedeckte Freistellungserklärung mit der Folge kondizieren, dass der Arbeitnehmer entgegen seinen ursprünglichen Wünschen zur Arbeit verpflichtet ist. Wird das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung beendet, so ist der Zeitpunkt der Kürzung der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung.

4. Im Rahmen einer Interessenabwägung kann trotzdem das Freistellungsinteresse des Arbeitnehmers das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung überwiegen. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer aber keine Urlaubsvergütung verlangen, da es sich um unbezahlte Freistellung handelt.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 26. Mai 2004, 18 Sa 964/04

eingereicht von Rechtsanwalt Martin Feickert, Klaus-Groth-Straße 9, 60320 Frankfurt am Main, Tel.: 069/945476-0, Fax: 069/568920, E-mail: mail@kuther.de

### 408. Erziehungsurlaub, Vergütung, Lohnabsicherung nach Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag über die Lohn- und Gehaltssicherung für die Arbeitnehmer in der Berliner Metallindustrie vom 06.02.1979 in der Fassung vom 27.01.1988

Wird wegen der Umstellung von Akkord- auf Leistungslohn für zwölf Monate ab der Umstellung eine Lohnabsicherung in Form einer Vergütungserhöhung um den bisherigen monatlichen Akkorddurchschnittsverdienst gezahlt, besteht kein



Anspruch auf diese Lohnabsicherung für Arbeitnehmer, die sich in dieser Zeit im Erziehungsurlaub befinden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 14. November 2003, 13 Sa 1382/03

#### 409. Schwerbehinderung, leidensgerechter Beschäftigungsanspruch

Der schwerbehinderte Mensch, der eine leidensgerechte Beschäftigung einklagt, muss – trotz der Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 SGB IX – detailliert darlegen, welche leidensgerechte Tätigkeit er noch ausüben und welchen konkreten Arbeitsplatz er ausfüllen kann. Dabei muss er seine persönlichen und fachlichen Qualifikationen darlegen und diese in Bezug zu dem konkret ins Auge gefassten Arbeitsplatz bringen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22. Januar 2004, 6 Sa 1207/03, Rev. zugel.

#### 410. Urlaubsabgeltung, Wahrung tarifvertraglicher Verfallfristen, Nachweisgesetz und Schadenersatz

1. Im noch laufenden Urlaubsjahr ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, nach dem Entlassungstermin die Abgeltung des Urlaubs für dieses Jahr innerhalb geltender tariflicher Ausschlussfristen geltend zu machen.

2. Eine Vertriebsfirma unterfällt auch dann, wenn sie im Konzernverbund tätig wird, dem MTV Groß- und Außenhandel, soweit es sich bei ihr um keinen unselbständigen Teil eines Produktionsbetriebes handelt.

3. Vor Inkrafttreten des Nachweisgesetzes begründet der fehlende Hinweis auf eine zu beachtende Ausschlussfrist bei eigener Unkenntnis des Arbeitgebers keinen Schadenersatzanspruch.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 13. Februar 2004, 9 (6) Sa 651/02, Rev. zugel.

#### 411. Weiterbeschäftigungsanspruch während Zustimmungsersetzungsverfahren, einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund

Der Verfügungskläger hat einen vorläufigen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Zustimmungsersetzungsverfahrens.

Der Anspruch ist abzuleiten aus den §§ 611, 613 BGB in Verbindung mit § 242 BGB. Die Generalklausel des § 242 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, seinen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt. Rechtsgrundlage eines solchen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers ist das Arbeitsvertragsrecht (Beschluss des BAG – Großer Senat – vom 27. Februar 1985 – GS 1/84 = BAGE 48, 122 bis 129).

Zwar kann sich im Einzelfall auch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses ein überwiegendes Interesse des Arbeit-

gebers ergeben, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen, ein solches schutzwertes Interesse ist aber bei Abwägung der von den Parteien angeführten Aspekte nicht erkennbar.

Das Arbeitsverhältnis ist ungekündigt, so dass die Verfügungsbeklagte nicht geltend machen kann, dass nur noch mit einem kurzen Fortbestand zu rechnen sei. Daran ändert auch die vorliegende Besonderheit, dass die Verfügungsbeklagte einen Antrag auf Zustimmungsersetzung zur außerordentlichen Kündigung gestellt hat, nichts. Denn diese Situation ist das vom Gesetzgeber bewusst herbeigeführte Ergebnis der Regelung des § 103 BetrVG, wonach der Arbeitgeber im Falle der Zustimmungsverweigerung gerade nicht bereits vollendete Tatsachen schaffen können soll. Als Konsequenz der gesetzlichen Regelung wird es ihm zugemutet, die außerordentliche Kündigung erst dann aussprechen zu können, wenn die Zustimmung gerichtlich ersetzt ist. Diese Vorschrift würde ausgehebelt, wenn der Arbeitgeber bereits vorher die tatsächlichen Folgen einer außerordentlichen Kündigung, nämlich das sofortige Ende der Beschäftigung, umsetzen könnte. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Verfügungskläger gleichwohl seine Vergütung weiter erhält, weil die Verfügungsbeklagte nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich auch die Beschäftigung schuldet (BAG vom 27. Februar 1985 a. a. O.).

Allerdings muss man zugunsten des Arbeitgebers einräumen, dass es Konstellationen geben kann, in denen ihm die weitere Beschäftigung trotz § 103 BetrVG nicht zumutbar ist. Dies kommt beispielsweise in Frage bei der auf konkreten Tatsachen beruhenden Befürchtung, dass der Arbeitnehmer deliktische Handlungen zulasten des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer des Betriebes begehen werde. In einem solchen Fall kann eine Umgehung des § 103 BetrVG ausgeschlossen werden, weil es dann nicht darum geht, vor der gerichtlichen Entscheidung über die Zustimmungsersetzung vollendete Tatsachen zu schaffen, sondern konkret drohende Schäden von den Betroffenen abzuwenden. Das gleiche gilt für die Vermeidung erheblicher Störungen des Betriebsfriedens.

Für den Erlass der einstweiligen Verfügung besteht ein Verfügungsgrund. ... Die Beschäftigungspflicht ist eine Fixschuld, so dass der Anspruch zugleich mit der Nichterfüllung untergeht. Zweck des Beschäftigungsanspruches ist es, den ideellen Interessen des Arbeitnehmers an einer Beschäftigung Rechnung zu tragen, weil seine materiellen Interessen bereits durch § 615 Satz 1 BGB geschützt werden (vgl. Hessisches LAG, Urteil vom 19. August 2002, 16 SaGa 1118/02). Die Nichtbeschäftigung verletzt das Interesse des Arbeitnehmers, durch seine berufliche Tätigkeit die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung und des Erhalts der Achtung und Wertschätzung der Menschen seines Lebenskreises zu gewinnen. Der Verfügungskläger weist zu Recht darauf hin, dass die Fortsetzung der Suspendierung bis zu einer gerichtlichen Hauptsacheentscheidung sowohl eine Vorverurteilung in der Betriebsöffentlichkeit als auch eine Beschneidung seines sozialen Ansehens nach sich zu ziehen droht. Dabei ist auch zu

## Kündigungsschutzrecht

berücksichtigen, dass der Anhörungstermin zur Entscheidung über die Zustimmungsersetzung erst am 14. Oktober 2004 stattfinden wird und dass mit einer früheren erstinstanzlichen Entscheidung über eine Beschäftigungsklage angesichts der Terminalsituation der Kammer ebenfalls nicht zu rechnen wäre. Der Verfügungsgrund entfällt nicht deswegen, weil der Verfügungskläger mit seinem Antrag abgewartet hat, bis er wieder arbeitsfähig war. (...) Dieses Abwarten widerlegt die Eilbedürftigkeit schon deshalb nicht, weil der Gesamtzeitraum von drei Wochen nicht ins Gewicht fällt. Darüber hinaus ist die Dauer eines etwaigen Hautsacheverfahrens zu berücksichtigen. Wie bereits dargelegt, wäre selbst bei sofortiger Einreichung einer Beschäftigungsklage mit einer vollstreckbaren Entscheidung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten zu rechnen gewesen. Der Verfügungskläger kann nicht darauf verwiesen werden, diese – aus der derzeitigen außergewöhnlichen Belastung der Arbeitsgerichte resultierende – Zeit abzuwarten.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 24. Juni 2004, 7 Ga 7/04

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: /25461

### 412. Widerruf einer einzelvertraglich vereinbarten zusätzlichen Leistung, AGB

Der Widerruf einer freiwillig unter Widerrufsvorbehalt gestellten einzelvertraglich als Allgemeine Geschäftsbedingung geregelten Leistung (Zulage) ist nicht schon deswegen wegen Verstoßes gegen §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. rechtsunwirksam, weil der Arbeitgeber in der Abrede keine Widerrufsründe benannt hat. Dies beruht darauf, dass es im Arbeitsverhältnis auf die angemessene Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts ankommt (entgegen Arbeitsgericht Düsseldorf DB 04, 81 und einer verbreitet vertretenen Auffassung in der Literatur).

Daher sind bei der Prüfung der Rechtswirksamkeit des erklärten Widerrufs weiterhin die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung des BAG heranzuziehen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 30. März 2004, 3 Sa 2206/03

### 413. Zeugnis, Wahlrecht, Erlöschen des Anspruchs

Hat der Arbeitnehmer zunächst ein einfaches Zeugnis verlangt und erhalten, ist sein Zeugnisanspruch erloschen. Durch die Ausübung seines Wahlrechtes (§ 262 BGB) auf ein einfaches oder ein qualifiziertes Zeugnis nach § 630 BGB gilt nach § 263 Abs. 2 BGB (lediglich) das gewählte Zeugnis als die von Anfang an allein geschuldete Leistung.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 26. März 2003, 2 Sa 875/02

## Kündigungsschutzrecht

### 414. Änderungskündigung, tarifvertragliche Ausschlussfrist, Betriebsratsanhörung

1. Die 6-monatige Ausschlussfrist des § 3 I TV Nr. 306 vom 02.05.1972 Deutsche Post, innerhalb derer der Arbeitgeber nach Eintreten einer Rationalisierungsmaßnahme des Arbeitsverhältnisses zum Zwecke der Änderung kündigen kann, beginnt erst mit der Umsetzung der geänderten Dienstpläne. Erst dann wirkt sich die Rationalisierungsmaßnahme nach § 1 TV Nr. 306 vom 02.05.1972 Deutsche Post auf das Arbeitsverhältnis aus. Auf das Bemessungsergebnis bei Feststellung des Personalbedarfs oder das Inkrafttreten des Sozialplans kommt es nicht an.

2. Bei einer Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG muss sich aus dem Anhörungsschreiben entnehmen lassen, welches die tragenden Kündigungsgründe sind. Der pauschale und nach Bestreiten beweisbedürftige Verweis auf bereits vorgelegte Unterlagen genügt nicht.

■ Arbeitsgericht Gießen

vom 24. März 2004, 6 Ca 3/04, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987, E-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

### 415. Änderungskündigung, Arbeitszeitreduzierung, KW-Vermerk an Personalstelle im Haushaltsplan

1. Das Anbringen eines KW-Vermerks an einer Personalstelle stellt eine von den Gerichten nicht nachprüfbar Entscheidung dar, aus der sich ergibt, dass die so bezeichnete Stelle für die einzelne Dienststelle entbehrlich ist. Dies setzt allerdings stets eine nach sachlichen Merkmalen genau bestimmte Stelle voraus, weil andernfalls nicht festgestellt werden kann, ob im konkreten Fall der jeweiligen Kündigung ein dringendes betriebliches Erfordernis zugrunde liegt (vgl. BAG, a. a. O.). Eines auf den konkreten Stellenplan zugeschnittenen Konzeptes bedarf es nur dann, wenn eine Konkretisierung des Stellenwegfalls im Haushaltsplan fehlt (vgl. BAG, Urteil vom 18.11.1999 – 2 AZR 77/99 – NZA 2000, 484, 486). Im Übrigen ist die Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers – vorbehaltlich einer Missbrauchskontrolle – als gegeben hinzunehmen. Eine Darlegung des tatsächlichen Arbeitsbedarfes ist nicht erforderlich (vgl. Sächs-LAG, Urteil vom 11.02.1998 – 2 Sa 1013/97 – NZA-RR 1999, 363).

2. Die Stellenstreichung im Haushaltsplan ist nicht rechtsmissbräuchlich. Sie hält sich im Rahmen der geltenden Gesetze, insbesondere im Rahmen des Arbeitszeitgesetzes, und der anwendbaren Tarifverträge. Ob die zukünftig anfallende Arbeit in der Arbeitszeit der Klägerin noch zu schaffen ist, ist nicht zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass der Kreistag diese Frage vor seiner Entscheidung geprüft und eine entsprechende Einschätzung seiner Entscheidung zugrundege-

## Kündigungsschutzrecht

legt hat. Ob diese Einschätzung letztendlich zutrifft, unterliegt lediglich der politischen Verantwortung der gewählten Volksvertreter, nicht jedoch einer Kontrolle durch das Gericht.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 3. September 2004, 10 Ca 2350/04

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

**416. Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen Täuschung des Arbeitnehmers über die Absicht, seinen Hauptwohnsitz in der Nähe des Betriebsortes zu nehmen; Kündigung wegen der Weigerung, den vertraglich vereinbarten Wohnsitzwechsel vorzunehmen; Nichtbefolgung von Anweisungen; fehlende Eignung des Arbeitnehmers, Druck von Kollegen und Vorgesetzten; Auflösungsantrag wegen Beschwerden von Kollegen und falscher Angaben des Arbeitnehmers im Zeugnisprozess**

1. Auch wenn sich der Arbeitnehmer im Anstellungsvertrag verpflichtet, seinen Hauptwohnsitz mit Familie in der Nähe des Betriebes zu nehmen, berechtigt dies den Arbeitgeber selbst dann nicht zur Anfechtung des Arbeitsvertrages nach § 123 BGB, wenn diese Absicht nie bestand, weil diese Verpflichtung zumindest dann, wenn es nachvollziehbare in Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehende Gründe hierfür nicht gibt, rechtlich nicht bindend ist. Insoweit gelten die für das Fragerecht des Arbeitgebers bei Vertragsschluss entwickelten Grundsätze entsprechend.

2. Berufte sich der Arbeitgeber darauf, die Vorgesetzten und Kollegen des Arbeitnehmers wollten mit diesem nicht mehr zusammenarbeiten, genügt dies für eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG und für die Auflösung nach § 9 KSchG nur dann, wenn solche Äußerungen im zeitlichen Zusammenhang mit der Kündigung gefallen sind und wenn der Arbeitgeber ernsthaft mit der Abkehr dieser Mitarbeiter im Fall des Weiterarbeitens des Klägers rechnen müsste. Erforderlich ist auch, dass der Arbeitgeber zunächst versucht hat, einen Ausgleich mit den Mitarbeitern zu schaffen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 9. Dezember 2003, 6 Sa 676/02

**417. Auflösungsantrag bei besonderem Kündigungsschutz**

Die §§ 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG über den besonderen Kündigungsschutz für Mitglieder des Wahlvorstandes, Wahlbewerber und Betriebsratsmitglieder sind jedenfalls dann *leges speciales* gegenüber dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, wenn der Auflösungsantrag auf ein Verhalten des Arbeitnehmers nach Erlangen der Funktion als

Wahlvorstand für die Betriebsratswahl, Wahlbewerber für die Betriebsratswahl und Betriebsratsmitglied gestützt wird.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 27. Mai 2004, 13 Sa 313/04

**418. Außerordentliche Kündigung, Manipulation der Zeiterfassung; verdeckte Videoüberwachung; Anforderung an das Bestreiten des auf die Überwachung gestützten Vorwurfs**

Der Gegner ist von seiner Obliegenheit, den Tatsachenvortrag der anderen Seite prozessordnungsgemäß zu bestreiten, nicht deshalb entbunden, weil der Vortrag auf einer durch verdeckte Videoüberwachung gewonnenen Information beruht. Ein etwaiges Beweisverwertungsverbot enthält kein „Vortragsverbot“.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 12.06.2003, 2 Sa 791/02 bis 2 Sa 793/02, 2 Sa 795/02 bis 2 Sa 796/02

**419. Außerordentliche, verhaltensbedingte Kündigung, Bedrohung**

Das Fuchteln mit einem 15 Zentimeter langen Messer vor einem Auszubildenden ist als wichtiger Grund geeignet, ein Arbeitsverhältnis mit einem schwerbehinderten tariflich ordentlich unkündbaren Mitarbeiter zu beenden. Dieses gilt unabhängig davon, ob der Mitarbeiter dabei eine Drohung gegen den Auszubildenden oder suizidal gegen sich selbst ausgesprochen hat.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 4. März 2004, 96 Ca 26.619/03

**420. Außerordentliche Kündigung der Angestellten eines Zweckverbandes durch den Verbandsvorsitzenden**

1. Für die Kündigung einer Angestellten des Zweckverbandes ist gemäß Art. 38 Abs. 2 Bay. KommentarZG der Verbandsausschuss zuständig. Dieser kann die Kündigungsbefugnis – jedenfalls ohne eine entsprechende Regelung in der Verbandsatzung – nicht wirksam auf den Verbandsvorsitzenden übertragen.

2. Eine nach den §§ 180, 177 Abs. 1 BGB mögliche Genehmigung der vom Verbandsvorsitzenden ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung durch den Verbandsausschuss kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen, nachdem dieser von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen in Kenntnis gesetzt worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 15. März 2004, 9 (5) Sa 841/02

**421. Außerordentliche Kündigung wegen Spesenbetrugs, Abmahnungserfordernis**

Eine Abmahnung ist vor einer außerordentlichen Kündigung wegen Abrechnung fiktiver Reisekosten nicht entbehrlich,

## Kündigungsschutzrecht

wenn dem Arbeitnehmer bloß Fahrlässigkeit aufgrund un-terlassener Nachfrage vorgeworfen werden kann. Gleichwohl stellt die Abrechnung fiktiver Reisekosten eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar, die jedoch nach einer Interessenabwägung, welche den fehlenden Vorsatz und die beanstandungsfreie Beschäftigungszeit (hier: 24 Jahre) berücksichtigt, weder zu einer rechtmäßigen außerordentlichen noch zu einer ordentlichen Kündigung führen muss.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 15. Juni 2004, 13 Sa 1681/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielski-straße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563 – 33, Fax: -43

### 422. Fristlose Kündigung durch Erben, Arbeitnehmerstatus durch vertragliche Bestimmung, Annahmeverzug durch Bestreiten des Arbeitsverhältnisses

1. Haben die Vertragsparteien ihr Rechtsverhältnis, das die Erbringung von Diensten gegen Entgelt zum Inhalt hat, ausdrücklich als Arbeitsverhältnis bezeichnet, genügt es, wenn der Vertragsinhalt für einen Arbeitsvertrag typische Regelungen enthält.

Es müssen keine Umstände hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass ein für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderliches Maß an persönlicher Abhängigkeit gegeben ist.

2. Ein vom Erblasser begründetes – ordentlich nicht kündbares – befristetes Arbeitsverhältnis kann von dem Erben nicht aus wirtschaftlichen Gründen vorzeitig außerordentlich gekündigt werden, solange das Resterbe erlaubt, die Nachlassverbindlichkeiten zu erfüllen.

3. Der Arbeitgeber, der die Existenz eines Arbeitsverhältnisses bestreitet und nicht bereit ist, erforderliche Mitwirkungshandlungen zu erbringen, gerät auch ohne tatsächliches oder wörtliches Angebot der Arbeitsleistung in Annahmeverzug, 296 Satz 1 BGB.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 12. Januar 2004, 9 (2) Sa 653/02, Rev. zugl.

### 423. Fristlose Kündigung, Interessenabwägung

Wird der Leiter einer Hausverwaltung fristlos gekündigt, weil er im sprachlichen Umgang mit Mietern des verwalteten Wohnhauses nicht sorgfältig und konfliktvermeidend auftritt, so kann dies einen wichtigen Grund im Sinn des § 626 I BGB darstellen. Im Rahmen der Interessenabwägung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Kläger nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig handelte, sondern in der Gesprächssituation überfordert war. In Abwägung aller Umstände des Einzelfalls kann die außerordentliche Kündigung daher dennoch unwirksam sein.

■ Arbeitsgericht Cottbus

vom 15. April 2004, 3 Ca 2225/03

eingereicht von Rechtsanwalt Stephan Dunkhorst, Augustusweg 105, 01445 Radebeul, Tel.: 0351/83789-0, -30

### 424. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl

1. Die Vergleichbarkeit der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer richtet sich in erster Linie nach objektiven, d. h. arbeitsplatzbezogenen Merkmalen und somit nach der bisher ausgeübten Tätigkeit. Nach ständiger Rechtsprechung, so auch des BAG, ist darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Obwohl im Arbeitsvertrag zwischen den Parteien eine konkrete Tätigkeit vereinbart war, ist durch die vollumfängliche Inbezugnahme der tarifvertraglichen Regelungen des BMT-G-O auch vereinbart, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz um- bzw. versetzen kann, ohne dass es einer Vertragsänderung oder Änderungskündigung bedarf.

2. Hat der Arbeitgeber entgegen § 1 Abs. 3 KSchG keine betriebsbezogene Sozialauswahl vorgenommen, so steht damit zwar noch nicht fest, dass die Sozialauswahl tatsächlich fehlerhaft ist, da auch unrichtige Verhaltensweisen zufällig zu richtigen Ergebnissen führen können. Es spricht jedoch in einem solchen Fall eine vom Arbeitgeber auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass die Auswahl im Ergebnis sozialwidrig ist. Es ist Aufgabe des Arbeitgebers, näher darzulegen, weshalb trotz der gegen § 1 Satz 3 KSchG verstoßenden Überlegungen ausnahmsweise im Ergebnis soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt wurden.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 13. Juli 2004, 9 Sa 79/04

eingereicht von Rechtsanwältin Heike Bruns, Kaßbergstraße 24, 09112 Chemnitz, Tel.: 0371/856419, Fax: /8200631, E-mail: kanzlei@wdb-rae.de, www.wdb-rae.de

### 425. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsbegriff, Sozialauswahl, vergleichbare Arbeitnehmer, Darlegungs- und Beweislast

1. Der Arbeitgeber darf seine Sozialauswahl nicht auf Arbeitnehmer eines Betriebsteils oder einer Betriebsabteilung beschränken (BAG vom 17.09.1998 – 2 AZR 725/97 – = NZA 1998, 1332; vom 05.04.1994 – 2 AZR 917/93 – = NZA 1994, 1023; vom 26.02.1987 – 2 AZR 177/86 – = NZA 1987, 775). Auch bei räumlich weit entfernt liegenden Betriebsteilen ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut kein Raum für eine einschränkende Auslegung (BAG vom 21.06.1995 – 2 AZR 693/94 – = RzK I 5 d Nr. 50). Die Sozialauswahl ist vielmehr nur dann auf einen Betriebsteil beschränkt, wenn der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag nicht im Wege des Direktionsrechts in andere Betriebsteile versetzt werden kann. In diesem Fall fehlt es an einer Vergleichbarkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG (BAG vom 17.09.1998 – 2 AZR 725/97 – = NZA 1998, 1332).

2. Grundsätzlich gilt nämlich, dass bereits das Bestreiten einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 schlüssig ist (BAG vom 21.07.1988 – 2 AZR 75/88 – = NZA 1989, 264; vom 08.08.1985 – 2 AZR 464/84 – = NZA 1986, 679).

3. Ergibt sich sodann aus dem Vortrag des Arbeitgebers,



dass er den Kreis vergleichbarer Arbeitnehmer objektiv zu eng gezogen hat, so spricht bereits eine von ihm auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass die Sozialauswahl auch im Ergebnis fehlerhaft ist. Ergänzt sodann der Arbeitgeber seinen Vortrag nicht, so ist die Behauptung des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber habe soziale Belange nicht ausreichend gewürdigt, als unstreitig anzusehen (BAG vom 15.06.1989 – 2 AZR 580/88 – = NZA 1990, 226; vom 18.10.1984, – 2 AZR 543/83 – = NZA 1985, 423).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 8. Oktober 2003, 8 Sa 131/03

#### 426. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Schulungseignung, zeitnahe Eignungsprüfung

1. Es ist anerkannt, dass durch private Zusagen im bestehenden Vertragsverhältnis zu Lasten anderer Mitarbeiter, insbesondere im Rahmen der sozialen Auswahl im gewissen Umfang Absprachen möglich sind. Diese Möglichkeiten müssen jedoch versagen, wenn eine derartige Einstellungszusage realisiert wird, bei der man sich auf dringende betriebliche Erfordernisse gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer bezieht, zumindest ist dann das Argument, dass dringende betriebliche Erfordernisse einen Arbeitsplatz haben in Wegfall geraten lassen, nicht mehr haltbar.

2. Die Behauptung, der gekündigte Arbeitnehmer sei nicht in der Lage bzw. habe es abgelehnt, sich für die veränderten Anforderungen an die Arbeit schulen zu lassen, ist nur dann erheblich, wenn der Kläger im zeitlichen Vorfeld oder im Zusammenhang mit der beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung mit dem Thema der Einarbeitung konfrontiert worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 11. Dezember 2003, 6 Sa 971/03

#### 427. Betriebsbedingte Kündigung, Outsourcing, tariflich unkündbare Mitarbeiter

1. In erheblich weiterem Umfang als bei einer ordentlichen Kündigung ist es dem Arbeitgeber bei einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zumutbar, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht noch irgendeine Möglichkeit, die Fortsetzung eines völlig sinnentleerten Arbeitsverhältnisses („Heizer auf der E-Lok“) etwa durch eine anderweitige Weiterbeschäftigung gegebenenfalls nach entsprechender Umschulung zu vermeiden, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, diese andere Möglichkeit zu wählen. Erst wenn alle anderen Lösungsversuche gescheitert sind, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit vorliegen.

2. Die unternehmerische Entscheidung, bisher von eigenen Arbeitnehmern ausgeübte Tätigkeiten nach außen zu vergeben, würde zwar eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung tragen. Bei einer ordentlich unkündbaren Arbeitneh-

merin ist der Arbeitgeber aber verpflichtet, entweder, wenn möglich, die Arbeit so zu organisieren, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers möglich ist, oder wenn das nicht möglich ist, eine andere vergleichbare Tätigkeit, gegebenenfalls nach Umschulung oder eben einer anderen Eingruppierung für die Klägerin zu finden.

■ Arbeitsgericht Nürnberg  
vom 17. Juli 2003, 16 Ca 141/03

#### 428. Betriebsbedingte Kündigung, grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl im Sinne des § 1 IV KSchG, Punkteschema

1. Grob fehlerhaft im Sinne des § 1 IV KSchG ist die Festlegung der zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte, wenn ein unerlässliches Sozialkriterium, nämlich Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und etwaige Unterhaltspflichten unberücksichtigt bleibt. Die Bewertung der festgelegten Sozialkriterien im Verhältnis zueinander ist dann grob fehlerhaft, wenn einzelne Sozialkriterien nicht oder eindeutig unzureichend oder mit eindeutig überhöhter Bewertung berücksichtigt werden und die Gewichtung der Gesichtspunkte damit jede Ausgewogenheit vermissen lässt (vgl. KR-Etzel, 6. Aufl., § 1 KSchG Rn 697 m. w. N.).

2. Die Anwendung eines Punkteschemas in einer Betriebsvereinbarung führt zu einer grob fehlerhaften Sozialauswahl, wenn der soziale Schutz, den die Arbeitnehmer aufgrund der Berücksichtigung der drei unerlässlichen Sozialkriterien (Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflicht) erlangt haben, bei den über 55jährigen Arbeitnehmern allein aufgrund des Alters, durch Multiplikation mit dem Faktor 0,95 – 0,00, wieder vermindert wird.

3. Diese systematische Reduzierung der durch Berücksichtigung der drei unerlässlichen Sozialkriterien erworbenen Punkte allein aufgrund des Alters und des damit verbundenen vermeintlich nahen Rentenbezugs führt zu einer völlig unangemessenen Benachteiligung der älteren Arbeitnehmer. Die zuvor entsprechend dem Punkteschema vorgenommene Gewichtung der sozialen Kriterien zueinander verliert damit jegliche Ausgewogenheit. Durch die Reduzierung der Punkte der älteren Arbeitnehmer werden diese überaus deutlich benachteiligt, ohne dass hierfür ein rechtfertigender Grund ersichtlich wäre. Die Argumentation der Beklagten, die Benachteiligung sei im Hinblick auf den nahenden Rentenbezug gerechtfertigt, widerspricht im übrigen der gesetzlichen Regelung in § 41 S. 1 SGB VI, wonach der Anspruch des Versicherten auf eine Rente wegen Alters nicht als Grund anzusehen ist, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutz bedingen kann. Die Vorgehensweise der Beklagten bei der sozialen Auswahl würde aber gerade dazu führen, dass ältere Arbeitnehmer nur aufgrund der Möglichkeit vorzeitig oder jedenfalls in nächster Zeit in Rente gehen zu können, entlassen werden.

## Kündigungsschutzrecht

■ Arbeitsgericht Aachen  
vom 21. November 2003, 3 Ca 822/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Dietrich Gehrman, Oppenhoff-  
allee 46, 52066 Aachen, Tel.: 0241/506067/68,  
Fax: 0241/504301, E-mail: info@rae-gehrmann.de

### 429. Betriebsbedingte Kündigung, Unternehmerentscheidung, Umorganisation, Fremdvergabe, Arbeitsverlagerung

Verteilt der Arbeitgeber die bislang von einem Arbeitnehmer im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung (hier 20 Stunden/Woche) ausgeübten Tätigkeiten zum Teil auf einen anderen Arbeitnehmer (im Umfang jeweils variabel nach dessen freier Arbeitskapazität) und vergibt er die verbleibenden Tätigkeiten an dritte Unternehmen, liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs 2 KSchG grundsätzlich vor. Wendet sich der gekündigte Arbeitnehmer hiergegen nur mit dem Argument, der andere Arbeitnehmer verfüge über keine freien Arbeitskapazitäten, ist die Kündigung wegen der verbleibenden Fremdvergabe sozial gerechtfertigt.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 3. September 2003, 3 Sa 516/03

### 430. Betriebsbedingte Kündigung, Vorrang der Änderungskündigung, Ablehnung der Änderung durch den Arbeitnehmer vor der Kündigung

1. Durch die Option der sog. Verhandlungslösung vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung dürfen die Rechte des Arbeitnehmers aus § 2 KSchG nicht verkürzt werden.  
2. Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung gebietet es, eine mögliche Änderungskündigung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch dann auszusprechen, wenn der Arbeitnehmer eine zuvor angebotene einverständliche Abänderung des Arbeitsvertrags abgelehnt hat (teilweise abweichend von BAG 27.09.1984 – AZR 62/83 NZA 1985, 455).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 20. November 2003, 6 Sa 645/03, Rev. zugel.

### 431. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, betriebsübergreifende vertragliche Tätigkeitsbeschreibung

Ist ein Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag betriebsübergreifend versetzbar, so ist für die Beurteilung, ob die Sozialauswahl zutreffend erfolgt ist, nicht auf die zufällige Personalstruktur des letzten Arbeitsplatzes abzustellen, sondern alle Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit im Unternehmen in die Sozialauswahl einzubeziehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 9. Februar 2004, 2 (10) Sa 982/03, Rev. zugel.

### 432. Personenbedingte Kündigung, dauerhafte Unmöglichkeit der Gewährung eines Ersatzruhetages nach § 11 Abs. 3 Satz 1 ArbZG

1. Die dauerhafte Unmöglichkeit, einen Ersatzruhetag nach § 11 Abs. 3 Satz 1 ArbZG zu gewähren, weil der ausschließlich an Sonntagen beschäftigte Zeitungszusteller an den anderen 6 Werktagen für einen anderen Arbeitgeber tätig ist, stellt einen personenbedingten Kündigungsgrund dar.

2. Auf den Umfang der erbrachten Arbeitsleistung kommt es dabei ebenso wenig an (vgl. *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, 13. Aufl., § 11 Rn 9; *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 11 Rn 18), wie auf den Umstand, dass die Klägerin ihre Arbeitsleistung für zwei verschiedene Arbeitgeber erbringt. Sinn und Zweck der auch für den dritten Abschnitt des Arbeitszeitgesetzes geltenden Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz ArbZG ist, die Ziel- und Zwecksetzungen des § 1 auch unter Berücksichtigung der für andere Arbeitgeber erbrachten Arbeitszeiten zu erfüllen. Insoweit kann sich die Klägerin auch nicht auf ihre Vertragsfreiheit berufen, die durch die arbeitnehmerschützenden Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes eingeschränkt wird. Ein rechtswirksamer Verzicht auf zwingende Schutzbestimmungen des Arbeitszeitgesetzes ist nicht möglich (*Baeck/Deutsch*, a. a. O., § 11 Rn 17, 23). Letztlich schützt das Arbeitszeitgesetz den Arbeitnehmer nicht nur vor Überforderung durch den Arbeitgeber sondern auch objektivrechtlich vor sich selbst.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 15. April 2004, 5 Sa 667/03

### 433. Verhaltensbedingte Kündigung, leitender Angestellter, Personalhoheit

Erstreckt sich die Personalhoheit eines Arbeitnehmers über sechs bis sieben Mitarbeiter, handelt es sich nach § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG nicht um eine „bedeutende“ Zahl von Mitarbeiter in einem Betrieb, in dem insgesamt über 100 Mitarbeiter beschäftigt sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 3. Juni 2003, 13 (3) Sa 1283/02

### 434. Verhaltensbedingte Kündigung, Arbeitsverweigerung, Zurückbehaltungsrecht bei teilweise unberechtigt zugewiesener Tätigkeit, Direktionsrecht

1. Eine Kündigung wegen „beharrlicher Arbeitsverweigerung“ scheidet aus, wenn der Arbeitnehmer berechtigt war, Arbeiten abzulehnen, die der Arbeitgeber ihm unter Überschreitung des Direktionsrechts zugewiesen hat. Stellt der Arbeitgeber keinen vertragsgemäßen Arbeitsplatz zur Verfügung, entsteht keine Arbeitspflicht. Das ist der Fall, wenn die Klägerin nach ihrer vormaligen Tätigkeit als Raumpflegerin zur „Aufsicht befördert“ wurde, auch wenn sich die Beklagte die Zuweisung gleichwertiger Aufgaben vorbehalten hat, der Klägerin dann aber die Tätigkeit als Raumpflegerin zuweist, selbst wenn die Klägerin in ihrer Stellung als Aufsicht gele-

gentlich in Fällen von Krankheit und Urlaub vertretungshalber einfache Tätigkeiten der Raumpflege durchgeführt hat.

2. Hat er dem Arbeitnehmer eine Arbeitsaufgabe zugewiesen, deren Erfüllung dieser teilweise schuldet, kann dem Arbeitnehmer nach § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht an der gesamten Arbeitsleistung zustehen, wenn die Arbeitsaufgabe nicht teilbar oder ihm die Erbringung einer Teilleistung nicht zuzumuten ist.

3. Das Zurückbehaltungsrecht muss nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeübt werden, also mit Rücksicht auf die vertraglichen Interessen des Arbeitgebers nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das ist der Fall, wenn die Klägerin zunächst nur den nicht geschuldeten Teil der Arbeitsleistung zurückhält und den Rest erst nach 1 1/2 jährigen Verhandlungen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 8. Dezember 2003, 5 Sa 1071/03

#### 435. Verhaltensbedingte Kündigung, private e-mails, Computeranlage, Beleidigung, Schutz der Privatsphäre durch Passwort

1. Fehlt eine klare betriebliche Regelung über die private Nutzung der betrieblichen Computeranlage, so bedarf eine Kündigung regelmäßig der vorherigen Abmahnung, auch wenn innerhalb der Arbeitszeit in nicht unwesentlichem Umfang private E-Mails geschrieben werden.

2. Auch wenn diese E-Mails sich beleidigend über den unmittelbaren Vorgesetzten (Geschäftsführer) äußern, aber nicht für dessen Kenntnisnahme bestimmt waren, liegt hierin i. d. R. kein Kündigungsgrund, wenn das betriebliche und Arbeitsverhalten ansonsten nicht beanstandet werden. Die Kenntnisnahme von Äußerungen gegenüber Dritten, die den Arbeitgeber als unfähig und dumm kennzeichnen, kann den arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag rechtfertigen.

3. Die Vergabe von Passwörtern dient nicht der Einrichtung eines vor dem Arbeitgeber geschützten Geheimbereichs, sondern dient in erster Linie der sicheren Zuordnung einzelner Vorgänge am Computer zum jeweiligen Urheber. Das Recht Zugriffsberechtigungen auf höherer Ebene festzulegen obliegt dem Arbeitgeber.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15. Dezember 2003, 2 Sa 816/03

#### 436. Kündigung wegen zustimmender Äußerungen zum Terroranschlag am 11. September 2001, Auflösungsantrag wegen Öffentlichwerden der Äußerungen

1. Die Äußerungen eines aus dem Libanon stammenden Arbeitnehmers während des Ansehens der Fernsehbilder vom Terroranschlag vom 11. Sept. 2001 im Aufenthaltsraum zu Kollegen sind als Grund für eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung nicht geeignet, wenn sie größere Störungen des Betriebsfriedens nicht verursacht haben.

2. Die Äußerungen, „die Anschläge seien zu begrüßen, da-

mit die Amerikaner wüssten, wie Krieg im eigenen Land sei,“ und – „hierfür seien noch viel zu wenige Menschen umgekommen“ zeigen auch keine derart menschenverachtende Gesinnung, dass man bei einem Pflegehelfer im Krankenhaus auf die Gefahr schließen könnte, dieser würde sich gegenüber amerikanischen Patienten in irgendeiner Weise negativ verhalten. Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer erscheint hierdurch nicht gerechtfertigt.

3. Die Äußerungen rechtfertigen selbst dann keinen Auflösungsantrag, wenn sie in der Öffentlichkeit bekannt geworden sind. Die behaupteten Gefahren, das Klinikum einer Großstadt erhalte hierdurch ein negatives Image und amerikanische Patienten könnten sich hierdurch abgeschreckt fühlen, erscheinen ohne das Hinzutreten weiterer Umstände als zu abstrakt.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 13. Januar 2004, 6 Sa 128/03

#### Anmerkung:

Urteile dieser Art sind es, die die Bundesrepublik Deutschland für Extremisten so attraktiv machen. Hier ging es nicht um eine zulässige, unter Art. 5 GG fallende Meinungsäußerung, sondern um Volksverhetzung. Das Arbeitsverhältnis ist – wie oft betont (s.a. § 613 a BGB) ein letztlich persönliches Verhältnis. Einem verfassungstreuen Arbeitgeber ist die Fortsetzung eines solchen persönlichen Verhältnisses unter den Gegebenheiten des Falles unzumutbar. (me)

#### 437. Kündigung, Bedingung, Betriebsübergang, vorübergehende Stilllegung

Als einseitiges Rechtsgeschäft ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich bedingungsfeindlich, (BAG, Urteil vom 15.03.2001 – 2 AZR 705/99 – m. w. N.). Ausnahmen gelten für eine sog. Potestativbedingung und eine bloße Rechtsbedingung. So hat das BAG im Urteil vom 27.06.1968 (AP Nr. 1 zu § 626 BGB Bedingung) eine bedingte Kündigung dann für wirksam gehalten, wenn der Eintritt der Bedingung allein vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt, wenn also der Gekündigte sich im Zeitpunkt der Kündigung sofort entschließen kann, ob er die Bedingung erfüllen will oder nicht. In diesem Fall entsteht für den Gekündigten keine Ungewissheit. Der Kündigungsempfänger hat es selbst in der Hand, ob die Kündigung wirksam wird oder nicht. Kündigungen unter einer sog. Potestativbedingung wurden im Streitfall nicht erklärt.

Im Streitfall wussten die Kläger aufgrund der ihnen erteilten Kündigung gerade nicht, ob ihr Arbeitsverhältnis beendet werden sollte oder nicht. Die Beklagte zu 1) hat dies abhängig gemacht von dem Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen für einen Betriebsübergang, die für die Kündigungsempfänger bei Zugang der Kündigungen nicht zu überblicken waren. Ob bei Ausspruch der Kündigungen Tatsachen vorlagen, die einen Betriebsübergang rechtfertigen oder auch nicht, geht aus den Kündigungsschreiben nicht hervor. Eine bedingte Kündigung ist unwirksam, wenn der Eintritt der Bedingung von einem ungewissen Ereignis außer-

## Kündigungsschutzrecht

halb des Einflussbereichs des Kündigungsempfängers, insbesondere von der Beurteilung des Kündigenden oder eines Dritten abhängt. Die Unzulässigkeit einer derartigen Kündigung ergibt sich aus dem das Kündigungsrecht beherrschenden Grundsatz der Rechtsklarheit (KR-Etzel, a. a. O., Rn 140). Unzulässig sind alle bedingten Kündigungen, bei denen der Kündigungsempfänger Erkundigungen über den Bedingungseintritt einziehen muss (Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn 135).

Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, bedarf es einer Gesamtwürdigung aller den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 07.03.1996 (NZA 1996, 413, 414) die Identität während Einheit insbesondere in den Fällen angenommen, in denen der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wurde. Vorliegend betreibt die wegen Betriebsübergang in Anspruch genommene Gesellschaft (nachfolgend: R.....) im selben Gebäude den Betrieb mit den schon bisher von der Beklagten zu 1) betreuten Automarken C. und J. weiter. Nach der Kündigung des Händlervertrages durch die C.....GmbH Deutschland entfiel die Grundlage für das Geschäft der Beklagten zu 1). Der Händlervertrag bildete das wesentliche Substrat des Betriebes. Mit dem Übergang der Vertriebsberechtigung von der Beklagten zu 1) auf die R.....ging daher ein wesentlicher Bestandteil des Betriebes auf die R.....über, was diese unter anderem durch die Auswechslung der Firmenbezeichnung am Betriebsgrundstück ausweislich der eingereichten Fotos dokumentierte. Der Wechsel der Vertriebsberechtigung für den Verkauf von Kraftfahrzeugen einer bestimmten Marke ist ein wesentliches Element für die Annahme eines Betriebsübergangs. Auf das Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen „Veräußerer“ und „Erwerber“ kommt es nicht an (EuGH a. a. O. S. 414, 415). Dies gilt erst recht, wenn wie im Streitfall der Vertrieb in denselben Geschäftsräumen stattfindet und der Betriebsnachfolger somit auch die Standortvorteile mit übernimmt. Auch insoweit bedarf es keiner besonderen Vereinbarung zwischen „Veräußerer“ und „Erwerber“ hinsichtlich des Übergangs des Kundenstamms.

Selbst wenn zugunsten der Beklagten zu 1) unterstellt würde, R.....habe den Betrieb erst nach einer Unterbrechung von vier Wochen wieder aufgenommen, ändert dies nichts an der Identität der wirtschaftlichen Einheit und damit am Betriebsübergang.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 10. Juli 2003, 10 Sa 177/03

### 438. Kündigung, Probezeit, Zurückweisung der Zurückweisung der Vollmachtsrüge

1. Während der Probezeit kann das Berufsausbildungsverhältnis gem. § 15 Abs. 1 BGB von beiden Vertragsparteien jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Kündigungsgrund gelöst werden. Dabei kann die Kündigung auch am letzten Tag der Probezeit zugehen. Die Probezeit nach § 13 BBiG kann nach Vereinbarung eines weiteren Ausbildungsverhältnisses im Anschluss an ein vorzeitig beendetes Berufsbildungsverhältnis mit einem anderen Auszubildenden erneut vereinbart werden.

2. Die Zurückweisungserklärung einer Prozessbevollmächtigten nach § 174 Satz 1 BGB kann ihrerseits wegen Nichtvorlage einer Vollmacht zurückgewiesen werden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 30. April 2004, 13 Sa 350/04

### 439. Kündigungserklärung, Vertretungsmacht

In der Mitunterzeichnung des Kündigungsschreibens durch einen weiteren Gesamtprokuristen liegt zumindest die konkludente Genehmigung der vom Personalleiter als Gesamtprokuristen allein durchgeführten Betriebsratsanhörung.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 12. März 2004, 6 Sa 2593/03

### 440. Kündigungsschutzklage, Feststellungsinteresse, vorläufige Weiterbeschäftigung, Schriftformerfordernis, Klageänderung durch Parteierweiterung in der Berufung

1. Wird der Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist vorläufig weiterbeschäftigt ohne schriftliche Vereinbarung der auflösenden Bedingung für das Weiterbeschäftigungsverhältnis, dann besteht das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit fort. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.

2. Für die Kündigungsschutzklage entfällt nicht das Rechtsschutzinteresse, es sei denn, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses unstreitig ist.

3. Die Parteierweiterung im Berufungsverfahren ist nach den Grundsätzen der Klageänderung zu behandeln, es gilt § 533 ZPO. Eine Klageerweiterung gegen einen neuen Beklagten ist deshalb im Berufungsverfahren nur dann zulässig, wenn der neue Beklagte einwilligt oder Sachdienlichkeit zu bejahen ist. Die Beklagte zu 2 hat der Klageänderung nicht zugestimmt. Auch wenn § 533 ZPO in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung für Klageänderung und damit auch für Klageerweiterung gegen einen weiteren Beklagten im Berufungsverfahren Sachdienlichkeit ausreichen lässt, muss diese Form der Klageänderung die Ausnahme bleiben. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der neue Beklagte in einem späten Stadium des Prozesses in das Verfahren hinein gezogen wird und damit erheblichen Einschränkungen im Tatsachenvortrag und im Vortrag seiner Rechtsauffassung unterliegt. Gerade wenn zwischen bisherigem Beklagten und neuem Beklagten keine engeren Beziehungen bestehen, wenn der neue Beklagte bis-



## Kündigungsschutzrecht

her nicht über den Prozessverlauf im Einzelnen informiert ist, ist Zurückhaltung mit Bejahung der Sachdienlichkeit geboten.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 17. Februar 2004, 13 Sa 566/03

#### 441. Nachträgliche Zulassung, Urlaub, Ortsabwesenheit, unentschuldigtes Fehlen

Sofern ein Arbeitnehmer wegen Ortsabwesenheit gehindert ist von zugegangenen Kündigungsschreiben Kenntnis zu erlangen, ist die verspätet erhobene Kündigungsschutzklage regelmäßig nachträglich zuzulassen. Urlaub und unentschuldigte Abwesenheit sind dabei grundsätzlich gleich zu behandeln.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 9. Februar 2004, 3 Ta 430/03

#### 442. Prozesskostenhilfeantrag und bedingte Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung

1. Stellt eine Klagepartei gleichzeitig einen Prozesskostenhilfeantrag und einen für den Fall der Prozesskostenhilfebewilligung bedingten Kündigungsschutzantrag, so kommt einer Prozesskostenhilfebewilligung keine Rückwirkung zu. Wird über den Prozesskostenhilfeantrag erst nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG entschieden, steht damit gleichzeitig fest, dass die Erfolgsaussicht der Kündigungsschutzklage fehlt, der Prozesskostenhilfeantrag ist abzuweisen. Es bleibt unentschieden, ob eine Kündigungsschutzklage zulässigerweise unter der Bedingung der Prozesskostenhilfebewilligung erhoben werden kann.

2. Eine Erfolgsaussicht lässt sich bei einer nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG erfolgenden Prozesskostenhilfeentscheidung auch nicht mit der Möglichkeit einer nachträglichen Klagezulassung begründen. Die Mittellosigkeit der Klagepartei ist kein Zulassungsgrund, da die Klagepartei ohne Mandatierung eines Rechtsanwalts selbst Kündigungsschutzklage erheben kann und hierfür eine Gebührenvorschusspflicht nicht besteht.

3. Auch die enttäuschte Hoffnung auf eine zeitnahe positive Entscheidung des Arbeitsgerichts über den Prozesskostenhilfeantrag stellt keinen Zulassungsgrund dar.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 23. Oktober 2003, 7 Ta 174/03

#### 443. Zugang einer Kündigungserklärung, Antrag auf nachträgliche Klagezulassung im Güetermin

1. Ein durch Bote nach ortsüblicher, jedoch noch zu allgemein üblicher Postzustellungszeit in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers eingeworfenes Kündigungsschreiben geht diesem noch am selben Tag zu.

2. Erfährt der Arbeitnehmer hiervon erst im Güetermin, kann ein Antrag zur nachträglichen Klagezulassung nebst Begründung und eventueller Glaubhaftmachung in der

mündlichen Verhandlung gestellt werden und ist gem § 160 Abs 2 ZPO in das Protokoll aufzunehmen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 5. Januar 2004, 9 Ta 162/03

#### 444. Zugang einer Kündigung durch Einwurf in den Briefkasten um 16:00 Uhr, Betriebsratsunterrichtung vor Kündigung im ersten Beschäftigungshalbjahr

1. Eine Kündigung, die am letzten Tag der Sechs-Monatsfrist des § 1 Abs. 1 KSchG um 16:00 Uhr in den Wohnungsbriefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wird, geht jedenfalls dann noch an diesem Tag zu, wenn der Arbeitnehmer nach vorangegangenen Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag damit rechnen musste, dass der Arbeitgeber ihm das Kündigungsschreiben noch durch Boten überbringen lässt.

2. Zur Unterrichtung des Betriebsrats vor einer Kündigung im ersten Beschäftigungshalbjahr kann die allgemeine Umschreibung von Leistungsmängeln genügen, wenn der Arbeitgeber konkrete Fehlleistungen nicht substantiieren kann. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, nur für den Betriebsrat „überwachende Aufzeichnungen“ zu führen, die er dem Arbeitnehmer gegenüber nicht benötigt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 11. Dezember 2003, 16 Sa 1926/03

#### 445. Inkenntnissetzung von Kündigungsbefugnis

1. Mit der Berufung einer kündigenden Person in die Position einer verwaltungsfachlichen Schulaufsichtsbeamtin, ist nicht per se die Inkenntnissetzung von der Kündigungsbefugnis gegeben. Dazu genügt weder die Veröffentlichung der Geschäftsordnung noch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrages.

2. Auf die Veröffentlichung der Geschäftsordnung für das Staatliche Schulamt vom 02. Februar 1999 im Amtsblatt kann sich das beklagte Land in diesem Zusammenhang nicht berufen, da aus dieser Veröffentlichung nicht hervorgeht, dass der Leiter des Staatlichen Schulamtes von seiner Befugnis, Frau X mit Kündigungsvollmacht auszustatten, Gebrauch gemacht hat. Auch die Tatsache, dass Frau X den Arbeitsvertrag des Klägers unterzeichnet hat, ist unerheblich. Das Bundesarbeitsgericht weist zu Recht darauf hin, dass ein Arbeitnehmer aus der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages durch eine bestimmte Person nicht folgern kann, dass diese Person auch zum Ausspruch einer Kündigung berechtigt sei; es gebe keinen Erfahrungssatz, nachdem die Befugnis zur Einstellung und die zur Entlassung zusammen fielen (BAG a. a. O.). Schließlich sei darauf hingewiesen, dass das Bundesarbeitsgericht in der zitierten Entscheidung ebenfalls zurecht feststellt, dass es nicht darauf ankommt, ob die Kündigungsbefugnis tatsächlich vorgelegen hat, sondern nur darauf, ob auf den Vollmachtsnachweis zu verzichten war.

■ Arbeitsgericht Darmstadt  
vom 29. Juni 2004, 8 Ca 3/04

## Betriebsverfassungsrecht

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

### 446. Vorlagebeschluss, EuGH, Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG, Begriff der Entlassung, Zeitpunkt der Konsultation

Vorlagebeschluss zwecks Vorabentscheidung durch den EuGH bezüglich folgender Fragen:

1. Ist die Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen dahin auszulegen, dass unter „Entlassung“ i. S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Richtlinie die Kündigung als der erste Akt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist oder meint „Entlassung“ die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Ablauf der Kündigungsfrist?
2. a) Für den Fall, dass unter „Entlassung“ die Kündigung zu verstehen ist, verlangt die Richtlinie, dass sowohl das Konsultationsverfahren im Sinne des Art. 2 der Richtlinie als auch das Anzeigeverfahren im Sinne der Art. 3 und 4 der Richtlinie vor dem Ausspruch der Kündigungen abgeschlossen sein muss?
2. b) Für den Fall, dass unter „Entlassung“ die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist, ist es nach den Bestimmungen der Richtlinie ausreichend, wenn auch das Konsultationsverfahren erst nach dem Ausspruch der Kündigungen durchgeführt wird?

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 14. Januar 2004, 36 Ca 15.593/03

## Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

### 447. Rechtskraft im Beschlussverfahren, Änderung der gesetzlichen Grundlagen, Sachaufwand des Betriebsrats, Informations- und Kommunikationstechnik

1. Die materielle Rechtskraft einer Entscheidung im Beschlussverfahren macht erneut gestellte Anträge über die gleiche Streitfrage in einem Verfahren mit den gleichen Beteiligten unzulässig.
2. Eine grundlegende Änderung der gesetzlichen Grundlagen mag eine Durchbrechung der Rechtskraft zulassen, unerhebliche Änderungen reichen zu diesem Zweck aber nicht.
3. Die Hineinnahme der „Informations- und Kommunikationstechnik“ in die Aufzählung des § 40 Abs. 2 BetrVG ist eine „unerhebliche Änderung“ i. S.v. Ziffer 2. Sie hat insbesondere nicht zur Folge, dass die für die gesamte dortige Aufzählung geltende Einschränkung „in erforderlichem Umfang“ im Falle der „Informations- und Kommunikationstechnik“ nicht mehr zu prüfen wäre.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 16. Mai 2003, 11 TaBV 61/02

### 448. Beschlussverfahren, Internetseite, Schließung, Aussetzen einer Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung

1. Eine Betriebsratswahl kann auf Antrag durch die Arbeitsgerichte gestoppt werden, wenn eine Weiterführung der Wahl mit Sicherheit eine erfolgreiche Anfechtung oder die Nichtigkeit der Wahl zur Folge hätte, der festgestellte Rechtsmangel eindeutig ist und auch nicht nachträglich korrigiert werden kann. Das ist der Fall, wenn sich bis zum Zeitpunkt der nächsten Wahl die Zusammensetzung des Betriebs nicht unerheblich geändert haben kann.

Fehler eines Wahlausschreibens können nicht berichtigt werden, indem der Zeitpunkt der Betriebsratswahl verändert wird, ohne dass hierbei die 6-Wochenfrist eingehalten wird. Diese dient nämlich dazu, dass die Wahlberechtigten sich auf der Grundlage des Wahlausschreibens ausreichend informieren und mit gleichen Chancen an der Wahl teilnehmen können (vgl. BAG EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 22). Dieses war vorliegend bei einer 3-wöchigen Frist nicht mehr gewährleistet.

2. Wird ein Wahlvorstand durch einen erstinstanzlichen Beschluss des Arbeitsgerichts durch einen neuen Wahlvorstand ersetzt, so darf der neue Wahlvorstand erst tätig werden und die Betriebsratswahl durchführen, wenn dieser Beschluss rechtskräftig ist, denn ein Wahlvorstand behält sein Amt solange, bis eine rechtskräftige Entscheidung über die Ersetzung des Wahlvorstandes erfolgt ist (vgl. Beschluss des BAG vom 25.09.1986, Az. 6 ABR 68/84, in AP Nr. 7 zu § 1 BetrVG 1972).

Zwar tritt hierdurch, wie das Arbeitsgericht zu Recht ausführt, eine nicht unerhebliche Wahlverzögerung ein. Dieses kann dazu führen, dass für eine gewisse Zeit kein Betriebsrat besteht. Gleichwohl ergibt sich aus dem Gesetz keine andere Alternative, zumal der Gesetzgeber in anderen Fällen Eilregelungen getroffen hat, was bei der Wahl des Betriebsrats nicht der Fall ist.

3. Durch einstweilige Verfügung ist die Internetseite eines (z.Zt.) nicht im Amt befindlichen Betriebsrates zu schließen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 4. Dezember 2003, 16 TaBV 91/03

### 449. Beteiligungsrecht nach § 83 III ArbGG, Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung

1. Die ver.di Vereinte Dienstleistungsgesellschaft e.V. als die im Betrieb vertretene Gewerkschaft ist nicht Beteiligte des Verfahrens.

Die Beteiligten des Beschlussverfahrens hat das Gericht von Amts wegen zu ermitteln (allgem. Meinung, vgl. nur D/L/W/Luczak, K, Rz 57; Ostrowicz/Künl/Schäfer, Der Arbeitsgerichtsprozess, Kap. 6 Rz 333). Wer zu beteiligen ist, richtet sich nach der materiellen Beteiligungsbefugnis, also danach, welche Personen oder Stellen durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen sind (ErfK-Eisemann § 83 ArbGG, Rz 5).

Bei einem Wahlabbruch nach Bestellung des Wahlvorstandes ist für die im Betrieb vertretene Gewerkschaft diese Voraussetzung nicht erfüllt. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 19. September 1985 (Az: 6 ABR 4/85, DB 1986, 864–865), bestätigt durch die Entscheidung vom 27. Januar 1993 (Az. 7 ABR 37/92 – NZA 1993, 949), zurecht festgestellt, dass die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften nicht gemäß § 83 Abs. 3 ArbGG am Wahlanfechtungsverfahren zu beteiligen sind, wenn sie von ihrem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch gemacht haben, weil ihnen durch das Betriebsverfassungsgesetz nur einzelne Rechte eingeräumt werden, ohne dass sie ein eigenständiges Organ der Betriebsverfassung sind. Die Gewerkschaften sind hiernach nicht generell „Hüter der Wahl“ mit der Folge, dass sie an sämtlichen Wahlanfechtungsverfahren beteiligt werden müssten. Eine Entscheidung über die Wirksamkeit der Wahl trifft nach den genannten Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts die Gewerkschaften nicht unmittelbar in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung.

Nichts anderes kann für die Frage der materiellen Beteiligungsbefugnis im Rahmen eines Wahlabbruchverfahrens gelten. Hat die Gewerkschaft ihr Recht zur Initialisierung der Betriebsratswahl nach § 17 Abs. 2 BetrVG wahrgenommen und ist auf der daraufhin anberaumten Betriebsversammlung der Wahlvorstand installiert worden, liegt die nach § 83 Abs. 3 ArbGG erforderliche mögliche Betroffenheit der Gewerkschaft in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung durch einen Wahlabbruch nicht mehr vor.

2. Zwar stellt es einen schwerwiegenden Wahlfehler dar, wenn der Betriebsrat im vereinfachten statt im normalen Verfahren gewählt werden soll (ebenso für den umgekehrten Fall BAG, 19. November 2003 – 7 ABR 24/03 – juris), da sich beide Verfahren grundlegend voneinander unterscheiden. Das Gericht hat mögliche schwerwiegende Verfahrensfehler auch dann zu berücksichtigen, wenn sich keiner der Beteiligten auf sie beruft (ebenso *Däubler/Kittner/Klebe-Schneider*, § 19 Rz 45 BetrVG).

Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn noch vor Beginn der Wahl des Wahlvorstandes der Fehler dadurch korrigiert wird, dass die einladende Gewerkschaftssekretärin die Belegschaft am Beginn der Versammlung darüber informiert hat, dass es sich nicht um die erste Wahlversammlung, sondern um die Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes handelt. Im Stadium bis zur Bestellung des Wahlvorstandes unterscheiden sich vereinfachtes und normales Wahlverfahren in betriebsratslosen Betrieben nicht.

3. § 20 Abs. 1 Satz 2 BetrVG verbietet die Beschränkung des aktiven und des passiven Wahlrechts, § 20 Abs. 2 BetrVG die unzulässige Wahlbeeinflussung. Verboten ist damit jegliche Begünstigung oder Benachteiligung sowie deren Ankündigung, die geeignet ist, Wahlbeteiligte daran zu hindern, dass sie ihre Befugnisse nach eigener Willensentscheidung ausüben (*Däubler/Kittner/Klebe-Schneider*, § 20 Rz 3), wobei die

Rechtswidrigkeit des Eingriffs Tatbestandsvoraussetzung ist (*Däubler/Kittner/Klebe-Schneider*, § 20 Rz 3).

Das Verbot richtet sich nicht nur gegen den Arbeitgeber, sondern gegen jedermann. Die Verletzung des Behinderungs- und Einflussnahmeverbotes kann auch grundsätzlich die Anfechtung der Wahl nach § 19 BetrVG rechtfertigen, wenn das Erfordernis potentieller Kausalität für das Wahlergebnis erfüllt ist. Allerdings soll die Vorschrift in erster Linie vorbeugend freie Wahlen sichern und nicht die Kassation des Wahlergebnisses ermöglichen. Dies ergibt sich bereits aus der Stellung des § 20 hinter § 19 BetrVG (ebenso *GK-Kreutz*, § 20 Rz 43). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass nur schwere Verstöße gegen § 20 BetrVG geeignet sein können, einen Wahlabbruch zu rechtfertigen.

Die bloße Terminierung der Wahl des Wahlvorstandes auf einen Zeitpunkt, der den pünktlichen Beginn der Produktion gefährdet, hinderte die Kandidaten nicht rechtswidrig an einer freien Willensentscheidung bezüglich der Aufrechterhaltung ihrer Kandidatur.

Wenn die Kandidaten aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten ohne Einflussnahme Dritter selbst entscheiden, auf eine Kandidatur zu verzichten, weil sie befürchten, anderenfalls könne die Produktion nicht rechtzeitig beginnen, ist mangels rechtswidrigen Eingriffs bereits der Tatbestand des § 20 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BetrVG nicht erfüllt. Den Kandidaten hätte es freigestanden, ihre Kandidatur aufrechtzuerhalten oder eine Vertagung der Betriebsversammlung zu fordern.

Eine die Anfechtbarkeit der Wahl sicher begründende rechtswidrige Einflussnahme, durch die die Kandidaten in ihrem passiven Wahlrecht verletzt wurden, kann auch nicht im Hinblick darauf angenommen werden, dass die Gewerkschaftssekretärin die falsche Rechtsauskunft erteilt hätte, nur bei Rücknahme von vier Kandidaturen sei eine Wahl per Akklamation möglich. Unabhängig von der Frage, ob die von den Antragstellern behauptete Falschauskunft überhaupt den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Satz BetrVG erfüllte, fehlt es an der einen Eingriff in das laufende Wahlverfahren rechtfertigenden Sicherheit der Anfechtung bereits, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen streitig sind, die wechselseitig glaubhaft gemacht werden (LAG Hessen, Beschl. v. 28. Januar 2002 – 9 TaBVGA 6/02 – juris).

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 5. Juli 2004, 2 BV Ga 9/04

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

#### 450. Betriebsratswahlen, Frauenquote, Minderheitsgeschlecht, Richtervorlage, Verfassungswidrigkeit, Wahlgleichheit

§ 15 Abs. 2 BetrVG verletzt die Wahlgleichheit, insbesondere die Chancengleichheit des Zugangs zu den Betriebsratsämtern, ohne dass hierfür eine sachlich erforderliche Ausnahme vorliegt. Weder aus dem Zweck der Wahl, noch aus der beson-

## Betriebsverfassungsrecht

deren Organisationsstruktur des Gremiums Betriebsrat oder aus der Natur des Regelungsbereichs folgt, dass eine Bevorzugung des jeweils im Betrieb in der Minderheit befindlichen Geschlechts gerechtfertigt ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13. Oktober 2003, 2 TaBV 1/03

### 451. Betriebsratswahl, Anfechtung, Wahlberechtigung, Größe des Betriebsrates, Werkvertrag

Bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Sinne des § 9 BetrVG sind nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und die in dessen Betriebsorganisation eingegliedert sind (vgl. BAG, Beschluss vom 16.4.2003 – 7 ABR 53/02 –).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 3. September 2003, 3 TaBV 88/02

### 452. Betriebsratswahl, Zugang zum Betrieb, einstweilige Verfügung

Verweigert der Arbeitgeber den Beauftragten der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft den Zugang zum Betrieb und verhindert so die Durchführung einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes, so bedarf die auf § 2 BetrVG gestützte einstweilige Verfügung keiner weiteren Interessensabwägung im Rahmen der Begründung.

■ Arbeitsgericht Darmstadt  
vom 19. Mai 2004, 1 BVGa 10/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

### 453. Betriebsratswahl, Einsichtsrecht in Wahlunterlagen

1. Nach § 19 WO 2001 hat der Betriebsrat die Wahlakten mindestens bis zur Beendigung seiner Amtszeit aufzubewahren. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen damit die Unterlagen über die Durchführung der Wahl mindestens bis zur Beendigung der Amtszeit des Betriebsrats zur Verfügung stehen. Aufbewahrte Unterlagen bieten die Möglichkeit der Einsichtnahme und dienen der Überprüfung. Wenn kein Einsichtsrecht bestehen sollte, wäre die Regelung über die Aufbewahrung überflüssig. Die Unterlagen könnten dann auch sofort vernichtet werden. Der Sinn und Zweck der Regelung kann nach Auffassung der Kammer folglich nur dahingehend verstanden werden, dass sie der Überprüfbarkeit der Betriebsratswahl dient. Das Einsichtsrecht in die Wahlakten wird von der überwiegenden Literatur bejaht (*Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 21. Aufl., § 19 WO Rn 1; *GK-Kreutz*, BetrVG, 6. Aufl., a.F.§ 20 WO Rn 3; *Dietz/Richardi/Thüsing*, BetrVG 7. Aufl. § 19 WO Rn 1, 2; *Richardi/Thüsing*, BetrVG 6, 8. Aufl. § 19 WO 2001 Rn 2; *Däubler/*

*Kittner/Klebe-Schneider*, BetrVG 7. Aufl. a. F.§ 20 WO Rn 4); so auch das Bundesarbeitsgericht (Beschluss vom 06.12.2000 – 7 ABR 34/99 EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 14: das lediglich einen Anspruch auf Einsicht während des laufenden Wahlverfahrens ablehnt).

2. Soweit der Betriebsrat davon ausgeht, dass zur Einsicht in die Wahlakten ein besonderes Rechtsschutzinteresse erforderlich ist, insbesondere dass schon Anhaltspunkte für eine nicht ordnungsgemäße bzw. nichtige Wahl vorliegen müssen, kann dem nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt, werden nicht alle Vorgänge während des Wahlverfahrens veröffentlicht. Ob eine Wahl entsprechend den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Wahlordnung durchgeführt worden ist, kann folglich erst die Einsicht in die vollständigen Wahlunterlagen ergeben.

Ein Einsichtsrecht ist auch nicht deswegen ausgeschlossen weil die Anfechtungsfrist nach § 19 BetrVG abgelaufen ist. Es ist allgemein anerkannt, dass es außer einer anfechtbaren Wahl auch eine nichtige Wahl gibt (vgl. *Richardi/Thüsing*, BetrVG 8. Aufl. § 19 Rn 72). Die Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden. Sie ist nicht an die Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 1 BetrVG gebunden (*Fitting*, a. a. O. § 19 BetrVG Rn 8; h.M.). Das Einsichtsrecht ist damit nicht auf die Anfechtungsfrist beschränkt.

Es bestehen auch keine Bedenken, den Beteiligten zu 1.) und 2.) Einsicht in die Wahlunterlagen zu gewähren. Der Arbeitgeber gehört wie mindestens 3 Wahlberechtigte und eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zu den Anfechtungsberechtigten nach § 19 Abs. 2 BetrVG. Insofern besteht ein ausreichendes Interesse, die Ordnungsgemäßheit der Durchführung der Betriebsratswahl zu überprüfen.

Die Beteiligten zu 1.) und 2.) können auch Einsicht in die aufgeführten Unterlagen verlangen. Wahlakten sind die gesamten Wahlunterlagen im weitesten Sinne einschließlich der Stimmzettel. Dazu gehören unter anderen die Sitzungsniederschriften, der Schriftwechsel des Wahlvorstandes, die Stimmzettel, die Niederschrift über das Wahlergebnis nach § 16, die abgenommenen Aushänge, das Wahlausschreiben (§ 3 Abs. 3), die Bekanntmachungen nach §§ 9, 10, auch Berechnungszettel und dergleichen. (*Fitting*, a. a. O. § 19 BetrVG Rn 1). Hierzu gehören folglich auch die Unterlagen, deren Einsicht die Beteiligten zu 1.) und 2.) begehren. Der Betriebsrat bewahrt diese Unterlagen als Wahlunterlagen auf.

■ Arbeitsgericht Solingen  
vom 19. Mai 2004, 4 BV 25/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Detlef Grimm, Hohenstaufenring 30–32, 50674 Köln, Tel. 0221/65065–0, Fax: 0221/65065–110, E-mail: www.loschelder.net

### 454. Wahl des Betriebsrats ohne Wahlumschläge, Rechtsschutzinteresse bei Rücktritt des Betriebsrats

1. Der Rücktritt des Betriebsrats in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht lässt das Rechtsschutzin-



teresse für das Wahlanfechtungsverfahren nicht entfallen. Zwar hat der Betriebsrat gemäß dem von ihm vorgelegten Beschluss seinen Rücktritt erklärt. Unabhängig davon, ob dieser Beschluss wirksam ergangen ist, führt dieser Rücktritt nicht dazu, dass das Rechtsschutzbedürfnis für das Anfechtungsverfahren entfallen ist. Ein solches Rechtsschutzinteresse kann erst dann entfallen, wenn der zurückgetretene Betriebsrat von einem neu gewählten Betriebsrat abgelöst wird oder die normale Amtszeit abgelaufen ist (vgl. Beschluss des BAG vom 13.03.1991, – AZ 7 ABR 5/90 –, NZA 1991, 946 sowie LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.03.1999, – AZ 4 TaBV 51/98 – NZA-RR 1999, 523–525).

Folge des Rücktritts des Betriebsrates ist, dass dieser weiterhin im kommissarischen Amt bleibt, und einen neuen Wahlvorstand zu bestellen hat, damit eine Neuwahl durchgeführt werden kann. Die rechtskräftige Anfechtung der Wahl hat hingegen die Folge, dass der Betriebsrat auch nicht mehr die Geschäfte bis zur Neuwahl weiterführt. Zwar bleiben die bisher vorgenommenen Handlungen des Betriebsrates wirksam, jedoch wirkt die Rechtskraft des Beschlusses über die erfolgreiche Anfechtung der Wahl in die Zukunft, so dass eine erfolgreiche Anfechtung zu einem betriebsratslosen Betrieb führt. Auch darf ein Betriebsrat, dessen Wahl erfolgreich angefochten worden ist, keinen Wahlvorstand mehr bestellen. Rücktritt des Betriebsrates und erfolgreiche Anfechtung der Betriebsratswahl haben deshalb unterschiedliche Rechtsfolgen, so dass jeweils entsprechend dem Stand des Verfahrens noch unterschiedliche Rechte des gewählten Betriebsrates bestehen können. Dieses führt dazu, wenn die Parteien das Verfahren nicht für erledigt erklären, dass das Gericht über die Anfechtung noch zu entscheiden hat, da ein solcher Beschluss noch Auswirkungen auf das Vorhandensein eines Betriebsrates im Betrieb haben kann.

2. Die unterlassene Verwendung von Wahlumschlägen ist grundsätzlich ein Grund für die Anfechtung einer Betriebsratswahl.

Die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 2 WO soll das in § 14 Abs. 1 BetrVG normierte Wahlgeheimnis als Ausdruck eines elementaren Grundsatzes jeder Wahl sichern. Auch wird zwingend angeordnet, dass die Stimmabgabe in Wahlumschlägen vorzunehmen ist.

Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 2 WO, die zwingend die Stimmabgabe in Wahlumschlägen vorsieht, gehört deshalb tatsächlich bei einer Betriebsratswahl zu den elementaren Grundsätzen, um in einer solchen insgesamt kleineren Einheit das Wahlgeheimnis unter allen Umständen zu wahren. Das Wahlgeheimnis selbst stellt aber so eine grundlegende Bedingung einer demokratischen Wahl dar, so dass ein Verstoß dagegen zur Anfechtung der Wahl führen muss.

Die Tatsache, dass der überwiegende Teil der Wähler ohne Wahlumschlag gewählt hat, führt auch zu einem anderen Ergebnis der Wahl. Rechtsfolge der Tatsache, dass Wahlumschläge nicht benutzt worden sind, ist, dass alle abgegebenen Wählerstimmen, die ohne Wahlumschlag in die Wahlurne

eingeworfen sind, ungültig sind. Es liegt auf der Hand, dass hierdurch das Wahlergebnis beeinflusst worden wäre.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 1. März 2004, 16 TaBV 60/03

#### 455. Betriebsratswahl, „Geschlecht in der Minderheit“, Verfahren für Nachrücken des Ersatzmitglieds

Mussten nach einer Betriebsratswahl zur ausreichenden Berücksichtigung von Kandidaten des „Geschlechts in der Minderheit“ i. S. d. § 15 Abs. 2 BetrVG mehrere Bewerber des Mehrheitsgeschlechtes nach § 15 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 WO ihren Sitz mit der Folge abgeben, dass alle Bewerber des Minderheitsgeschlechtes einen Sitz erhalten haben, so ist im Falle der Verhinderung oder des Ausscheidens eines Betriebsratsmitglieds des Minderheitengeschlechtes i. S. d. § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG für die Ermittlung des nachrückenden Ersatzmitglieds wie folgt zu verfahren: Unabhängig davon, ob der Bewerberaustausch innerhalb einer Liste (§ 15 Abs. 5 Nr. 1 WO) oder listenübergreifend (§ 15 Abs. 5 Nr. 2 WO) stattgefunden hat, ist der jeweils letzte Bewerberaustausch rückgängig zu machen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 13. Mai 2004, 5 TaBV 54/03

#### 456. Anfechtung einer Betriebsratswahl

Die Antragsberechtigung nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zur Anfechtung einer Betriebsratswahl muss während der gesamten Dauer des Verfahrens gegeben sein (vgl. BAG 10.06.1983, AP BetrVG 1972, § 19 Nr. 10, zu II 3 der Gründe).

Fehlt die Antragsberechtigung – durch Rücknahme der Beschwerde von 4 Antragsberechtigten, sodass nur einer übrig bleibt –, ist der Wahlanfechtungsantrag als unbegründet, nicht als unzulässig, zurückzuweisen. Denn gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG setzt die Anfechtung der Wahl mit der Rechtsfolge, dass diese Wahl für ungültig erklärt wird, aber nicht das Verfahren oder die Entscheidung über den Wahlanfechtungsantrag die erforderliche Antragsberechtigung voraus (so überzeugend *Kreutz*, GK-BetrVG 7. Aufl. § 19 Rn 57 m.w.N.).

■ Landesarbeitsgericht München  
vom 26. Mai 2004, 5 TaBV 8/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Richard Pouyadou, Grottenau 6, 86150 Augsburg, Tel. 0821/34481–0, Fax: 0821/34481–99, E-mail: Kanzlei@scheidle-partner.de, www.scheidle-partner.de

#### 457. Anfechtung einer Betriebsratswahl

1. Ein schuldhafter Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Prüfung eines Wahlvorschlages gemäß § 7 Abs. 2 WO liegt nur dann vor, wenn es der Vorsitzende des Wahlvorstandes unterlassen hat, eine sofortige Sitzung des Wahlvorstandes anzuberaumen, obwohl nach Einreichung eines fehlerhaften Wahlvorschlages bis zum Ablauf der Einreichungsfrist ein ausreichender Zeitraum für die Prüfung des Wahlvorschlages,

## Betriebsverfassungsrecht

die Vorbereitung der Sitzung und die Ladung der Mitglieder des Wahlvorstandes zur Verfügung gestanden hätte.

2. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Prüfung eines Wahlvorschlages führt dann nicht zur Anfechtbarkeit der Wahl im Rahmen des § 19 Abs. 1 BetrVG, wenn in einer sofort einberufenen Sitzung des Wahlvorstandes keine Maßnahme mehr möglich gewesen oder getroffen worden wäre, die zu einer Behebung des festgestellten Mangels noch vor Ablauf der Einreichungsfrist geführt hätte.

Bei § 7 Abs. 2 Satz 2 handelt es sich um eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG (vgl. hierzu GK-BetrVG, 7. Aufl., § 7 Rz 10; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, – im Weiteren: FKHES – BetrVG, 21. Aufl., § 7 Rz 5). Diese Vorschrift verlangt, dass der Wahlvorstand die eingereichte Vorschlagsliste unverzüglich prüft. Die gesetzliche Prüfungspflicht „des Wahlvorstandes“ beinhaltet konkret, dass der Wahlvorstandsvorsitzende als Vertreter des Wahlvorstandes (vgl. *Däubler/Kittner/Klebe*, BetrVG, 7. Aufl., § 1 WO Rz 8) eine ihm übergebene Liste dahin überprüfen muss, ob diese den rechtlichen Vorgaben entspricht oder Mängel aufweist, die der Gültigkeit entgegenstehen. Im letzteren Fall ist eine Entscheidung ohne schuldhaftes Zögern herbeizuführen und der Listeneinreicher möglichst vor Ablauf der Einreichungsfrist zu verständigen (vgl. hierzu GK-BetrVG, 7. Aufl., § 7 WO Rz 10; LAG Nürnberg vom 17.12.2003 – 7 TaBV 57/02 –, n.v.).

Die Briefwahlunterlagen sind gemäß § 24 Abs. 1 WO nur auf Verlangen des jeweiligen Mitarbeiters auszuhändigen oder zu übersenden. Hierzu kann sich der Wahlberechtigte auch Vertreter bedienen und der Wahlvorstand Boten einschalten (vgl. FKHES, a. a. O., § 24 WO Rz 3, 6). In diesem Zusammenhang bedarf es nicht der Vorlage einer Vollmachtsurkunde, denn soweit ein Mitarbeiter die Briefwahlunterlagen nicht fristgerecht erhält, kann er sich unmittelbar an den Wahlvorstand wenden und seine Stimme auch persönlich abgeben, wenn er von der Briefwahl keinen Gebrauch machen wollte (so FKHES, a. a. O., Rz 2). Vom Wahlvorstand muss eine abgegebene Begründung nicht überprüft werden, so dass es keine Rolle spielt, ob der Verhinderungsgrund tatsächlich vorgelegen hat oder nicht (vgl. FKHES, a. a. O., Rz 3). Unaufgefordert sind dem Wahlberechtigten die Briefwahlunterlagen nur dann zuzuleiten, wenn es sich hierbei um sogenannte „Außen“-Arbeitnehmer handelt, die nach der Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses nicht oder nur selten im Betrieb anwesend sind (vgl. hierzu FKHES, a. a. O., Rz 14). Bei ihnen wird davon ausgegangen, dass sie ohne die von Amts wegen zu erfolgende Zusendung von der Wahl selbst und dem konkreten Wahlablauf nur unter erschwerten Bedingungen Kenntnis erlangen würden und insoweit ihr Wahlrecht beeinträchtigt wäre. Bei Schichtarbeitern, die regelmäßig den Betrieb aufsuchen, oder bei im Urlaub befindlichen Arbeitnehmern liegen die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 WO nicht vor. Der Wahlvorstand ist nicht gehalten, bereits so rechtzeitig Briefwahlunterlagen zu erstellen, dass jeder der in Urlaub befindlichen Mitarbeiter vor

Antritt seines Urlaubs die Briefwahlunterlagen ausgehändigt bekommen kann. Insbesondere wegen der hier problematischen Prüfung der Zulässigkeit eines Wahlvorschlages kann auch eine kurzfristige Übersendung von Briefwahlunterlagen in Betracht kommen, soweit die rechtzeitige Stimmabgabe hierdurch nicht unmöglich gemacht wird.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 15. März 2004, 9 TaBV 24/03

### 458. Ersetzung des Wahlvorstandes

1. Untätigkeit oder Säumnis des Wahlvorstands führt dann zur Ersetzung durch das Arbeitsgericht, wenn sein Verhalten so unzweckmäßig oder unrechtmäßig ist, dass dadurch die Wahl des Betriebsrats überhaupt gefährdet ist.

Gemäß § 18 Abs. 1 BetrVG hat der Wahlvorstand die Wahl unverzüglich einzuleiten, sie durchzuführen und das Wahlergebnis festzustellen. Kommt der Wahlvorstand dieser Verpflichtung nicht nach, so ersetzt ihn das Arbeitsgericht auf Antrag des Betriebsrats, von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft. Für die Ersetzung ist nicht Voraussetzung, dass ein Verschulden des Wahlvorstandes vorliegt. Es genügt eine objektive Untätigkeit oder Säumnis. Andererseits führen Untätigkeit oder Säumnis des Wahlvorstandes nur dann zu seiner Ersetzung, wenn sein Verhalten so unzweckmäßig oder unrechtmäßig ist, dass dadurch die Durchführung der Wahl überhaupt gefährdet ist. Verstöße des Wahlvorstandes, die die Wahl nicht verzögern oder vereiteln, können eine Ersetzung des Wahlvorstandes nicht begründen. Unzweckmäßige Maßnahmen des Wahlvorstandes rechtfertigen seine Abberufung in der Regel nicht, es sei denn, der Wahlvorstand trifft Maßnahmen, die die Durchführung der Wahl geradezu vereiteln, weil dieses praktisch einer Untätigkeit des Wahlvorstandes gleichkommt.

2. Die Einleitung des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 BetrVG durch den Wahlvorstand und die damit verbundene Aussetzung der Wahl bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Gerichte stellt ein Pflichtverletzung des Wahlvorstands nicht dar, soweit berechtigte Zweifel an der betriebsratsfähigen Einheit bestehen.

Der Wahlvorstand ist aber entgegen der Ansicht der Antragsteller nicht verpflichtet, sofern er Zweifel an der betriebsratsfähigen Einheit hat, die Betriebsratswahl gleichwohl durchzuführen und dabei eine Betriebsratswahl vorzunehmen, die entsprechend seiner Auffassung begründet anfechtbar ist und er damit seinen gesetzlichen Pflichten nicht nachkommen kann. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht an dieser Stelle keine Möglichkeit vor, gleichwohl einen Betriebsrat zu installieren, wenn entsprechende Zweifel beim Wahlvorstand bestehen. Nimmt der Wahlvorstand vielmehr sein Recht in Anspruch, ein Beschlussverfahren einzuleiten, um den Betriebsbegriff klären zu lassen, so nimmt das Gesetz eine betriebsratslose Zeit im Betrieb in Kauf, um zu vermeiden,

dass ein Betriebsrat installiert wird, der nicht hätte installiert werden dürfen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 20. Februar 2004, 16 Sa 86/03, Rechtsbeschwerde eingelegt

#### 459. Gesamtbetriebsrat, Verhältniswahl, Mehrheitswahl

Wird die Zahl der Mitglieder des Gesamtbetriebsrats und das anzuwendende Verfahren durch Tarifvertrag geregelt, so ist weder zwingend erforderlich, dass ein Wahlverfahren festgelegt wird noch dass die Wahl nach dem Prinzip der Verhältniswahlrechts erfolgt.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 18. Dezember 2003, 5 TaBV 36/03, Rechtsbeschwerde eingelegt unter dem Aktenzeichen 7 ABR 10/04

#### 460. Betriebsrat, Rücktritt

Gemäß § 24 Nr. 2 BetrVG kann das Betriebsratsmitglied jederzeit, auch ohne Angabe von Gründen, sein Betriebsratsamt niederlegen. Durch die Niederlegung erlischt die Mitgliedschaft im Betriebsrat.

Die Amtsniederlegung erfolgt durch empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Betriebsrat und ist deshalb wirksam, wenn sie dem gemäß § 26 Abs. 2 vertretungsberechtigten Vorsitzenden, im Falle seiner Verhinderung dem Stellvertreter, zugeht.

Eine Form für die Niederlegung ist nicht vorgeschrieben. Vielmehr genügt die mündliche Erklärung (vgl. auch *Fitting u. a.*, BetrVG, 21. Aufl., § 24 Rz 10; *Däubler u. a.*, BetrVG, 8. Aufl., § 24 Rz 6).

Auf die Niederlegung finden grundsätzlich die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften über Willenserklärungen gemäß den §§ 104 ff. BGB Anwendung. Die Wirksamkeit der Erklärung über die Amtsniederlegung entsteht mit Zugang. Allerdings muss die Erklärung über die Niederlegung hinreichend bestimmt und wegen ihres rechtsgestaltenden Charakters unbedingt sein; eine Amtsniederlegung unter einer Bedingung wäre nur als Ankündigung zu werten (vgl. auch *Fabricius/Weise/Oetker*, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 6. Aufl., § 24 Rz 11).

Mit Rücksicht auf die mit der Niederlegung verbundene Rechtsfolge der Beendigung der Mitgliedschaft im Betriebsrat kann die Niederlegungserklärung nicht zurückgenommen oder widerrufen werden.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 3. Mai 2004, 3 TaBV 34/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: 0341/98468-24, leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

#### 461. Einstweilige Verfügung, Schulungsveranstaltung

Die Durchführung von Schulungsmaßnahmen für Betriebsratsmitglieder kann im Wege der einstweiligen Verfügung durch den Betriebsrat in aller Regel nicht erzwungen werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 20. November 2003, 5 TaBV 69/03

#### 462. Betriebsratsanhörung, zuständiger Betriebsrat für einen Trainee

1. Zu den konstituierenden Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehören einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber und andererseits die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation.

2. Vollzieht sich die Trainee-Ausbildung in der Weise, dass der Trainee in den laufenden Dienstleistungsprozess eines Betriebes eingegliedert ist, ist der in diesem Betrieb eingerichtete Betriebsrat im Rahmen des § 102 BetrVG anzuhören. Dem steht nicht entgegen, dass bestimmte zukunftsorientierte Entscheidungen, insbesondere solche der weiteren Verwendung des Klägers, in der Zentrale getroffen wurden.

3. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Trainee einzelne Ausbildungsabschnitte nach festgelegten „Musterdurchlaufplänen“ in mehreren Betrieben verbringt.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 4. November 2003, 13 Sa 596/03

#### 463. Betriebsratsanhörung, vereinbarte Kündigung, materieller Aufhebungsvertrag

Vereinbaren die Vertragsparteien die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird diese Vereinbarung durch Kündigung und Abwicklungsvertrag umgesetzt, besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 102 BetrVG.

Wird zuerst die Abwicklungsvereinbarung geschlossen und zeitlich danach die Kündigung ausgesprochen, sei es im selben Personalgespräch oder zeitlich versetzt, beruht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht auf der Kündigung. Entscheidend für die Beendigung ist die im Abwicklungsvertrag dokumentierte Einigung der Vertragsparteien, es liegt ein Aufhebungsvertrag vor. Die gleiche Bewertung ist gerechtfertigt, wenn im Personalgespräch zuerst mündlich oder schriftlich die Kündigung ausgesprochen wird und sodann eine Abwicklungsvereinbarung getroffen wird. Ziel dieser Vorgehensweise ist nicht die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, sondern der Abschluss der Abwicklungsvereinbarung. Der Arbeitgeber hat keinen Kündigungsentschluss gefasst, er benutzt nur die ausgesprochene Kündigung als Drohung, um eine einverständliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen. Es besteht deshalb kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 102 BetrVG.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 17. Februar 2004, 13 TaBV 2/02, Rechtsbeschwerde zugel.



## Betriebsverfassungsrecht

### 464. Schadenersatz wegen Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds, Beförderung, Feststellungsklage bei sich entwickelndem Anspruch

1. Es bestehen Bedenken, ob der Arbeitgeber in Bewerbungsverfahren das Verhalten des Arbeitnehmers im Rahmen seiner Betriebsratsstätigkeit zu seinen Lasten bei der persönlichen Eignung berücksichtigen darf.

Bei zumindest gleicher Eignung der Bewerber ist der Arbeitgeber jedoch frei, seine Entscheidung zu Gunsten des anderen Bewerbers zu treffen. Der Arbeitgeber darf sich insoweit auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten berufen.

Die Feststellungsklage ist trotz an sich möglicher Leistungsklage für die Vergangenheit zulässig, da sie durch prozessökonomische Erwägungen geboten ist. Nach dem Vortrag des Klägers verwirklicht sich der Schaden Monat für Monat, so dass die Verwirklichung der Schadenersatzpflicht nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich ist. Die Feststellungsklage ist dann zulässig, wenn nur eine teilweise Bezifferung möglich ist, der anspruchsbegründende Sachverhalt noch in der Entwicklung ist und der Schadenseintritt wahrscheinlich ist.

Der Schutzzweck der verletzten Norm, nämlich die Verletzung des § 78 Satz 2 BetrVG führt nicht dazu, dass nunmehr im Wege der Sanktion der Kläger im Wege des Schadenersatzes die höhere Vergütung erhalten müsste. Die Verletzung der Norm des § 78 Abs. 2 BetrVG führt nicht dazu, dass nunmehr bei einer Bewerbung des Betriebsratsmitglieds diese Bewerbung Berücksichtigung finden muss, da dieses zu einer Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern führen würde. § 78 Abs. 2 BetrVG will nur verhindern, dass die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied zu seinen Lasten bewertet wird. Findet aber eine Auswahl von Bewerbern statt und trägt insoweit der Arbeitgeber vor, er hätte sich auf jeden Fall für den Mitarbeiter J... entschieden, und ist diese Entscheidung nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich, so darf sich die Beklagte darauf berufen, dass der Kläger letztlich die Stelle jedenfalls nicht erhalten hätte.

Dieses Ergebnis ergibt sich auch daraus, dass das Schadenersatzrecht eine Ausgleichsfunktion hat, keine Sanktionsfunktion. Das Schadenersatzrecht führt nicht dazu, im Wege nachträglicher Sanktionen auf die Einhaltung bestimmter Regeln hinzuwirken. Bei einer Bewerbung besteht das Risiko, dass sich der Arbeitgeber für einen anderen Bewerber entscheidet. Der eigentliche Bewerber besitzt keinen Status in Bezug auf seine Beförderung, den es nunmehr haftungsrechtlich abzuschern gäbe.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 21. November 2003, 16 Sa 147/03

### 465. Mitbestimmung, Eingruppierung, Gleichbehandlung, betriebliche Übung, Vergütungsschema

1. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG, Alternative „Eingruppierung“, setzt voraus, dass der Arbeitgeber zur Eingruppierung aus anderen Rechtsgrün-

den verpflichtet ist. Es kommt nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitnehmern die Vergütung frei aushandelt, ohne dass ein Tarifvertrag oder ein sonstiges Vergütungsschema aus Rechtsgründen angewandt werden müsste.

2. Ein (nicht allgemein verbindlicher) Entgelttarifvertrag (ETV) wird nicht deshalb aus Gründen der Gleichbehandlung auf die Arbeitsverhältnisse der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer anwendungspflichtig, weil der Arbeitgeber ihn auf die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen (pflichtgemäß) anwendet. Er wird auch nicht kraft betrieblicher Übung auf die Arbeitsverhältnisse der Nicht-Tarifgebundenen anwendungspflichtig, wenn der Arbeitgeber sich bei der Lohnfindung an ihm aus Wettbewerbsgründen orientiert, dabei die nach Ansicht des Betriebsrats falsche Gehaltsgruppe im Auge hat und die tariflichen Entgeltbeträge (der falschen Gruppe) nicht starr übernimmt, sondern teilweise vom Betriebsrat so genannte „außertarifliche“ Vergütungsbestandteile gewährt. Unter diesen Voraussetzungen entsteht auch kein inhaltlich an den ETV angelehntes generelles Vergütungsschema, bei dessen Anwendung der Betriebsrat mitzubestimmen hätte.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 9. Mai 2003, 11 TaBV 84/02

### 466. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, Tauglichkeitsuntersuchung

Dem Betriebsrat steht bei der Durchführung tarifvertraglich vorgesehener Tauglichkeitsuntersuchungen kein Beteiligungsrecht zu.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 29. August 2003, 2 TaBV 26/03

### 467. Beteiligung des Betriebsrats bei der Ausgruppierung eines Angestellten, persönlicher Geltungsbereich des MTV für die Angestellten der bayerischen Metallindustrie, Anforderungen an eine den Anforderungen des § 99 II genügende Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates

1. Der persönliche Geltungsbereich des Manteltarifvertrages für die Angestellten der bayerischen Metallindustrie stellt in § 1 Ziff 3 (II) d) allein auf die Höhe des vereinbarten Entgelts ab, unabhängig von der Qualifikation des Arbeitnehmers und der sonstigen Ausgestaltung seiner Position.

2. Bei der „Ausgruppierung“ aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages besteht dann kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG, wenn es auf die Erfüllung oder Nichterfüllung bestimmter Tarifmerkmale für die Wirksamkeit der Ausgruppierung nicht ankommt.

3. Selbst wenn man ein solches Mitbestimmungsrecht annimmt, kann sich die Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nur auf die Prüfung beziehen, ob der Angestellte Anspruch auf ein 25% der Vergütungsgruppe VII übersteigendes Gehalt hat. Widerspricht der Betriebsrat nicht mit einer diese



Frage betreffenden Begründung, gilt seine Zustimmung nach § 99 Abs. 3 BetrVG als erteilt.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 22. Juli 2003, 6 (8) TaBV 26/01

#### 468. Beteiligung des Personalrats bei Kündigung nach dem PersVG Berlin

1. Die Vorschriften der §§ 87 Nr. 9, 79 PersVG Berlin, die die Wirksamkeit einer Kündigung von der vorherigen Zustimmung des Personalrats abhängig machen, begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Ob dies auch für das Letztentscheidungsrecht der Einigungsstelle nach § 83 PersVG Berlin gilt, bleibt offen.

2. Nicht nur die Zustimmungsverweigerung, sondern auch die Zustimmung zur Kündigung muss gem. § 79 Abs. 2 S. 3 PersVG Berlin der Dienststelle schriftlich mitgeteilt werden. Eine Beschlussfassung des Personalrats im Umlaufverfahren ist unzulässig.

3. Es bleibt unentschieden, ob die Rechtsprechung des BAG zu den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereichen von Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Beteiligung nach § 102 BetrVG (Urteil des BAG vom 16.1.2003, 2 AZR 707/01 = AP Nr 129 zu § 102 BetrVG 1972) auf die Mitbestimmung nach §§ 79 ff PersVG Berlin übertragbar ist.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 21. Oktober 2003, 86 Ca 19.295/03

#### 469. Befristung, Zustimmung des Personalrats

Eine pauschale, im Vorhinein für einen bestimmten Zeitraum erfolgte Zustimmung des Personalrats zu jeglichen, im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht näher bezeichneten Befristungen ist unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 26. November 2003, 3 Sa 782/03

#### 470. Befristetes Arbeitsverhältnis, Mitbestimmung des Personalrats, Verbrauch des Zustimmungsverfahrens

1. Stellt ein öffentlicher Arbeitgeber Mitarbeiter befristet ein, ohne zuvor die Zustimmung des Personalrats nach §§ 66 Abs. 1, § 72 Abs. 1 Nr. 1 LPVG NW eingeholt zu haben, ist die Befristungsabrede unwirksam.

2. Mit der befristeten Einstellung des Arbeitnehmers ist die Zustimmung des Personalrats für eine Folgebefristung verbraucht, auch wenn der Personalrat ursprünglich die Zustimmung für einen längeren Zeitraum erteilt hatte, der Arbeitgeber ihn aber zunächst nicht voll ausgeschöpft hat. Eine Zustimmung „auf Vorrat“ ist unzulässig.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 16. Dezember 2003, 13 Sa 525/03

#### 471. Beteiligung Mitarbeitervertretung, Zustimmungsfiktion

Die Zustimmungsfiktion des § 38 Abs. 3 Mitarbeitervertretungsgesetz (MVG) kann nicht mehr greifen, wenn die Mitarbeitervertretung den Erörterungsantrag rechtzeitig gestellt hat. Es kann nur noch zu einer ausdrücklichen Zustimmung oder Ablehnung durch die Mitarbeitervertretung oder zur Ersetzung der Zustimmung durch die Schlichtungsstelle kommen (*Fey/Rehren*, MVG.EKD, Kommentar, § 38 Rn 14). Das Schweigen der Mitarbeitervertretung nach dem Erörterungstermin ist nicht als Zustimmung zu werten. Der § 38 MVG sieht eine derartige Zustimmungsfiktion nicht vor.

■ Arbeitsgericht Leipzig  
vom 6. August 2004, 8 Ca 2333/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: 0341/98462-24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

#### 472. Vertreter Dienststellenleiter, Zustimmungsverweigerung

In Mitbestimmungsangelegenheiten hat der Dienststellenleiter den Personalrat gemäß § 79 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG zu unterrichten und dessen Zustimmung zu beantragen. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Personalrats setzt daher voraus, dass sie von der Dienststellenleitung vorgenommen wird (vgl. *Gliech/Gross/Seidel/Vohs*, SächsPersVG, 2. Aufl., § 79 Rn 9). Der Personenkreis, der zur Vertretung des gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SächsPersVG für die Dienststelle handelnden Dienststellenleiters berechtigt ist, ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Satz 2 SächsPersVG in der Fassung des Gesetzes vom 07.04.1997, GVBl S. 353 – erstes Gesetz zur Änderung des Sächsischen Personalvertretungsgesetzes). Danach kann sich der Leiter der Dienststelle durch seinen ständigen Vertreter oder einen in der Sache entscheidungsbefugten Beschäftigten vertreten lassen.

Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 2 SächsPersVG ist die Befugnis des Dienststellenleiters, sich in der Ausübung seiner Pflichten nach dem Personalvertretungsgesetz vertreten zu lassen, sehr weitgehend. Das bedeutet, dass der Dienststellenleiter die Vertretung ein für allemal für alle Angelegenheiten, aber auch für einen bestimmten Bereich (z. B. Personalangelegenheiten oder soziale Angelegenheiten) oder für einen bestimmten Einzelfall regeln und sich grundsätzlich durch jeden Beschäftigten der Dienststelle, der im Vorhinein – generell oder für den Einzelfall – insoweit beauftragt wurde, vertreten lassen kann. Voraussetzung ist lediglich, dass der Vertreter gegenüber dem Personalrat entscheidungsbefugt ist (vgl. *Behrens/Kubitza/Wagner*, SächsPersVG, § 7 Rn 3; vgl. zur entsprechenden Regelung in § 9 Abs. 1 PersVG Berlin, OVG Berlin, Beschl. vom 12.05.1998, PersR 1999, 29). Der Vertreter, der den Dienststellenleiter gegenüber der Personalvertretung vertritt, muss dabei mit den gleichen Entscheidungs- und Handlungsbefugnissen ausgestattet sein wie der Dienststellenleiter

## Betriebsverfassungsrecht

selbst (vgl. dazu *Faber/Härtl*, PersV 1994,52). Insoweit geht der Senat davon aus, dass der für den Dienstbetrieb verantwortliche Dienststellenleiter sich personalvertretungsrechtlich bedeutsame Entscheidungen, die sich auf eine Vielzahl von Beschäftigten der Dienststelle und damit letztlich auch auf den Dienstablauf auswirken, selbst vorbehalten wird, so dass eine Vertretung in wesentlichen Fragen regelmäßig ausscheiden wird.

Diese Auslegung entspricht auch dem in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers.

Für diese Auslegung der Vorschrift spricht auch der Vergleich der Neuregelung des § 7 Abs. 1 SächsPersVG mit der entsprechenden Regelung im Bundespersonalvertretungsgesetz. Nach § 7 Satz 2 BPersVG kann sich der Leiter der Dienststelle nur bei Verhinderung und nur durch seinen ständigen Vertreter vertreten lassen. Da der Sächsische Gesetzgeber bei der hier maßgeblichen Änderung des Personalvertretungsgesetzes die bundesgesetzliche Regelung kannte, gleichwohl keinen Anlass sah, sich dieser Regelung anzupassen, ist anzunehmen, dass er den Kreis der Vertreter des Dienststellenleiters eben aus Gründen der „Praktikabilität“ bewusst erweitern und eine mögliche Vertretung auch bei Oberbehörden und bei Behörden der Mittelstufe nicht (mehr) auf der Ebene der Abteilungsleiter begrenzen wollte (vgl. zur entsprechenden Regelung in § 9 Abs. 1 PersVG Berlin: OVG Berlin, a. a. O.).

Die Neuregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SächsPersVG verstößt auch nicht gegen Bundesrecht. Das Rahmenrecht des Bundes (§§ 95 ff BPersVG) bindet die Länder lediglich insoweit, dass sie in ihren Personalvertretungsgesetzen vorsehen müssen, dass der Repräsentant der Dienststelle im Rahmen seiner Kompetenz Partner der für sie gebildeten Personalvertretung ist (vgl. *Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlattmann/Rehak/Faber*, BPersVG, § 7 Rn 26); weitere Vorgaben sind dem Bundesrecht insoweit nicht zu entnehmen.

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SächsPersVG, dass der Dienststellenleiter sich durch einen in der Sache entscheidungsbefugten Beschäftigten vertreten lassen kann, kann nicht im Sinne einer numerischen Begrenzung der für eine Vertretung in Betracht kommenden Beschäftigten, sondern nur als der – zwingend erforderliche – und in der früheren Gesetzesfassung so nicht enthaltene Hinweis darauf verstanden werden, dass es sich bei dem Vertreter um einen Beschäftigten handeln muss, der in der Sache entscheidungsbefugt ist.

Der Gesetzgeber – gemessen an der o.g. Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs – verfolgt dann ein nach der Sächsischen Verfassung legitimes Ziel, wenn er die Mitbestimmungsrechte des Personalrats und das Beteiligungsverfahren den Erfordernissen einer effizienten, modernen und kostengünstigen Verwaltungstätigkeit anpasst.

2. Geht die Zustimmungsverweigerung des Personalrats aber letztlich darauf zurück, dass er sein eigenes Werturteil über die Einigung des ausgewählten Bewerbers und der Mit-

bewerber an die Stelle der Beurteilung des Dienststellenleiters setzt, so lässt sich seine Zustimmungsverweigerung nicht dem Verweigerungsgrund des § 82 Abs. 2 Nr. 1 SächsPersVG zuordnen. Die Beurteilung der Beschäftigten und Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bei der Einstellung und bei der Vergabe höher zu bewertender Dienstposten obliegt allein dem Dienststellenleiter, dem dabei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 74, 273 [330] m. w. N.) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 39, 334 [354]) ein weiterer Ermessens- und Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, der gerichtlich nur beschränkt nachgeprüft werden kann und in den die Personalvertretung mit Einwendungen aus § 82 Abs. 2 SächsPersVG nicht eindringen kann. Davon abgesehen folgt aus der beschränkten Nachprüfbarkeit der Eignungsbeurteilung des Dienststellenleiters auch, dass der Verweigerungsgrund des § 82 Abs. 2 Nr. 1 SächsPersVG auch nicht mit dem Vorwurf begründet werden kann, der Dienststellenleiter habe nicht den geeignetsten Bewerber ausgewählt.

■ Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

vom 13. Mai 2004, PL 9 B 414/03

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462–0, Fax: 0341/98462–24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

### 473. Betriebsvereinbarung, betriebliches Vorschlagswesen, Prämierung eines Verbesserungsvorschlages, Verfahren vor dem Bewertungsausschuss, gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen paritätisch besetzter Bewertungskommissionen des betrieblichen Vorschlagswesens

1. Entscheidet nach einer Betriebsvereinbarung für das betriebliche Vorschlagswesen eine Bewertungskommission über Prämierung eingereicherter Vorschläge, hat der vorgeschlagene Arbeitnehmer keinen unmittelbaren, einklagbaren Anspruch auf Prämierung. Der Prämienanspruch besteht nur im Rahmen des vorgegebenen betrieblichen Prüfungsverfahrens.

2. Der Ausschuss übt die Funktion eines Schiedsgutachters aus, der unter gleichmäßiger Berücksichtigung der Interessen beider Parteien die angemessene Vergütung bestimmen soll, um einen Streit hierüber zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vermeiden.

3. Entscheidungen einer paritätisch besetzten Bewertungskommission über einen Verbesserungsvorschlag eines Arbeitnehmers sind vom Gericht nur beschränkt überprüfbar, und zwar dahingehend, ob sie offensichtlich falsch oder unsachlich sind oder in einem grob fehlerhaften Verfahren getroffen wurden (Fortführung der Rechtsprechung des LAG Köln, Urteil vom 14.12.1998, – 3 Sa 1139/98 –).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 28. Oktober 2003, 13 Sa 492/03

#### 474. Betriebsvereinbarung, Beschäftigungssicherung, Bündnis für Arbeit, Tariföffnung, Kurzarbeit, Kurzarbeitergeld, Nichtgewerkschaftsangehörige, AT-Angestellter

1. Der Einführung von Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung steht eine arbeitsvertraglich vereinbarte regelmäßige höhere Wochenarbeitszeit auch dann nicht entgegen, wenn es an einer ausdrücklichen Kurzarbeitsklausel fehlt. Mangels arbeitsvertraglicher Regelung kommt das Günstigkeitsprinzip nicht zur Anwendung.

2. Dies gilt auch dann, wenn die Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung zur Beschäftigungssicherung ohne Zahlung von Kurzarbeitergeld i. V. m. Bestandsschutzzusagen des Arbeitgebers erfolgt.

3. Der Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung für die Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg, Tarifgebiet I, vom 10. Dezember 1996 beseitigt für eine Betriebsvereinbarung Beschäftigungssicherung die Tarifsperrung des §§ 77 III, 87 I BetrVG. Eine im Rahmen der tariflichen Vorgaben vereinbarte Betriebsvereinbarung kann auch für gewerkschaftlich nicht organisierte AT-Angestellte vereinbart werden.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 17. März 2004, 7 Ca 25174/03, Berufung eingelegte zum AZ. 5 Sa 1176/04

#### 475. Adressat der Kündigung einer Gesamtbetriebsvereinbarung, Geltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung

1. Das rechtliche Schicksal einer Gesamtbetriebsvereinbarung ist nicht von der Wahrung einer „Unternehmensidentität“ abhängig. Die Reduzierung der Betriebsstruktur eines Unternehmens auf lediglich noch einen Betrieb berührt deshalb die (Fort-)Geltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung nicht.

2. Adressat der Kündigung einer Betriebsvereinbarung ist grundsätzlich allein der Vertragspartner, d. h. bei der Kündigung einer Gesamtbetriebsvereinbarung – soweit nicht gebildet – ungeachtet zwischenzeitlicher Umstrukturierungen des Unternehmens der Gesamtbetriebsrat und nicht ein Betriebsrat.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 28. April 2004, 17 Sa 1952/03

#### 476. Einigungsstelle, Bestellungsverfahren, Unterlagen für Wirtschaftsausschuss, Betriebs- und Geschäftsgeheimnis

1. Wegen fehlender Zuständigkeit der Einigungsstelle kann der Antrag auf Einrichtung einer Einigungsstelle nur zurückgewiesen werden, wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist. Dies bedeutet, dass ein Antrag nur dann zurückgewiesen werden kann, wenn offensichtlich ist, dass das vom Beteiligten zu 1) in Anspruch genommene Mitbestimmungsrecht nicht gegeben ist (BAG vom 06.12.1983, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972, Überwachung). Die fachkundige Beurteilung durch das Gericht muss somit sofort erkennbar machen,

dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in der fraglichen Angelegenheit unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt in Frage kommen kann.

2. Eine Einigungsstelle zur Regelung der Streitfrage, ob dem Betriebsrat Unterlagen die sog. Mittelfristplanung und den sog. Management-Report betreffend vorzulegen sind, war einzurichten. Zweck der dem Unternehmen nach § 106 Abs. 2 BetrVG auferlegten Verpflichtung, den Betriebsrat über wirtschaftliche Angelegenheiten unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten, ist es, dem Wirtschaftsausschuss die notwendigen Kenntnisse zu vermitteln, damit dieser gleichberechtigt die in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden wirtschaftlichen Angelegenheiten mit dem Unternehmer beraten kann. Sinn dieser Beratung ist es wiederum, auf die Entscheidungen des Unternehmens in wirtschaftlichen Angelegenheiten Einfluss nehmen zu können (BAG, Beschluss vom 08.08.1989 – 1 ABR 61/88 – AP Nr. 6 zu § 106 BetrVG 1972). Daher sind auch die von der Beteiligten zu 2) als „Vorfeldunterlagen“ bezeichneten Unterlagen der sog. Mittelfristplanung und der sog. Management-Report solche des Mitbestimmungsfeldes nach § 106 Abs. 2 BetrVG. Gegenstand der Mittelfristplanung ist nämlich gerade eine Zusammenstellung unternehmensrelevanter Daten einschließlich sich daraus ergebender Auswirkungen. Der Management-Report dient eigener Einlassung der Beteiligten zu 2) Überlegungen zur Steuerung des Geschäftsfeldes der Beteiligten zu 2). Im jährlichen Geschäftsverlauf vermag angesichts dieser Umstände nicht angenommen werden, es handele sich um reine Unverbindlichkeiten ohne jede Relevanz.

3. Die Prüfung der Frage, ob objektiv sachliche Interessen an der völligen Geheimhaltung bestimmter Tatsachen wegen einer ansonsten zu befürchtenden Gefährdung des Bestandes oder der Entwicklung des Unternehmens bestehen und deshalb der Vorlage der Unterlagen der sog. Mittelfristplanung und des sog. Management-Reports entgegenstehen, war der Prüfung der Einigungsstelle selbst vorzubehalten.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 14. Januar 2004, 8 TaBV 72/03

#### 477. Vergütung von Einigungsstellenbesitzern

Ein Rechtsanwalt kann Reisekosten, die ihm wegen seiner Tätigkeit als Einigungsstellenbesitzer entstanden sind, nur dann über das übliche Beisitzerhonorar von 7/10 des Vorsitzendenhonorars hinaus verlangen, wenn hierüber eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber getroffen wurde.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 27. November 2004, 2 TaBV 36/03

eingereicht von Rechtsanwalt Christian Puhr-Westerheide, Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel.: 02065/3000-0, Fax: 02065/3000-50, E-mail: info@ra-npp.de, www.ra-npp.de

## Betriebsverfassungsrecht

### 478. Insolvenz, Vermeidung des Einigungsstellenverfahrens vor Betriebsänderung, Fehlen führt zum Nachteilsausgleich, Ausnahmen, Berechnung des Ausgleichs

1. Unter den Voraussetzungen des § 122 Abs. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Arbeitsgerichts dazu beantragen, dass eine geplante Betriebsänderung ohne vorheriges Einigungsstellenverfahren durchgeführt wird.

Entlässt er aber Arbeitnehmer, ohne von dieser gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht zu haben, ist er in aller Regel zur Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 BetrVG verpflichtet.

2. Ausnahmen sind in der Insolvenz nur unter sehr engen Voraussetzungen denkbar, etwa wenn bereits der vorläufige Insolvenzverwalter feststellt, dass im Zeitpunkt des Insolvenzantrages keine Masse vorhanden ist, mit der das Verfahren bestritten oder Abwicklungsarbeiten durchgeführt werden können und deshalb im Interesse der Arbeitnehmer nur die sofortige vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit in Betracht kommt (im Anschluss an BAG 15.09.1976, 1 AZR 784/75).

3. Liegen die Voraussetzungen für eine Ausnahme nicht vor, ist die Abfindung nach § 113 Abs. 1 BetrVG entsprechend den Grundsätzen zu § 10 Abs. I, 2 KSchG zu bestimmen. Neben den im Gesetz genannten Kriterien ist u. a. die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen. Der Sanktionszweck des § 113 BetrVG verbietet dabei zwar eine direkte oder analoge Anwendung des § 112 Abs. 5 BetrVG, auch in der Insolvenz. Das Gericht ist aber nicht gehindert, im Rahmen einer Ermessensentscheidung die Interessen anderer Gläubiger in der Gesamtabwägung einzubeziehen. Liegt zudem nur ein geringer Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht vor, kann es bei einem massearmen Insolvenzverfahren unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls den Rechtsgedanken des § 123 InsO aufgreifen und die Abfindung auf 2,5 Bruttomonatsgehälter begrenzen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 12. August 2002, 5 Sa 534/02

### 479. Sozialauswahl, Auswahlrichtlinien

Die vom Arbeitgeber für konkret anzusprechende betriebsbedingte Kündigung aufgestellten Punktesysteme für die zu treffende Sozialauswahl stellen keine Auswahlrichtlinien im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar.

Auswahlrichtlinien sind Grundsätze, die zu berücksichtigen sind, wenn bei beabsichtigten personellen Einzelmaßnahmen, für die mehrere Arbeitnehmer oder Bewerber in Frage kommen, zu entscheiden ist, welchem gegenüber sie vorgenommen werden sollen. Sinn und Zweck von Auswahlrichtlinien ist es festzulegen, unter welchen Voraussetzungen die betreffenden personellen Einzelmaßnahmen erfolgen sollen, um die jeweilige Personalentscheidung zu versachlichen und für die Betroffenen durchschaubar zu machen. Der Arbeitnehmer soll erkennen können, warum er und nicht ein anderer von ei-

ner ihn belastenden Personalmaßnahme betroffen wird oder warum eine günstige Maßnahme nicht ihn, sondern einen anderen trifft. Die Auswahl selbst ist dabei Sache des Arbeitgebers. Die Richtlinien sollen lediglich seinen Ermessenspielraum durch die Aufstellung von Entscheidungskriterien einschränken, ohne dass sie ihn praktisch gänzlich beseitigen dürfen (so Beschl. des BAG v. 31.05.1983, – Az. 1 ABR 6/80–NZA 1984, 49 bis 51, BAG, Beschl. v. 10.12.2002, – Az. 1 ABR 27/01 – AP Nr. 42 zu § 95 BetrVG 1972).

Aus dieser Definition des Bundesarbeitsgerichtes ist nicht eindeutig ersichtlich, inwieweit Auswahlrichtlinien nur dann gegeben sind, wenn sie nicht nur für einen betrieblichen Anlass, sondern für alle zukünftigen Fälle gelten sollen (so Beschl. des LAG Nds. v. 18.10.1994, – Az. 11 TaBV 90/94 – LAGE § 95 Nr. 15).

Zur Überzeugung der Kammer müssen sich Auswahlrichtlinien jedoch nicht nur auf konkret auszusprechende Kündigungen beziehen, haben vielmehr Normencharakter und bestimmen insbesondere für eine Vielzahl von Fällen genereller Art, inwieweit Anforderungen fachlicher, persönlicher oder sonstiger Art allein oder neben sonstigen Umständen bei der Entscheidung über eine personelle Einzelmaßnahme, auch bei Kündigungen, zu berücksichtigen sind. Auswahlrichtlinien werden deshalb im Rahmen einer Betriebsvereinbarung fixiert und gelten deshalb bis zu einer Kündigung, einverständlicher Aufhebung oder Ersetzung durch die Betriebsparteien generell in Betrieb (so Beschl. d. BAG v. 31.01.1984, – Az. 1 ABR 63/81 – NZA 1984, 51 bis 52).

Dieser Normcharakter ergibt sich aus dem Begriff der Richtlinie. Eine Richtlinie ist allgemein ein Grundsatz oder eine Anweisung für ein bestimmtes Verhalten. Sie stellt grundlegende Gestaltungsentscheidungen dar und ist deshalb darauf ausgerichtet, auch für die Zukunft zu wirken.

Aus diesem Grunde sind unter Auswahlrichtlinien abstrakt generelle Grundsätze zu verstehen, die der Arbeitgeber einer unbestimmten Zahl zukünftiger personeller Einzelmaßnahmen im Sinne einer einheitlichen Praxis zu Grunde legen will. Hierzu gehören die materiellen Merkmale der Personalauswahl und des Verfahrens, nach dem diese Auswahlkriterien festzustellen sind (vgl. hierzu Hess.VerwG, – Az. 1 TZ 2186/97 –, Beschl. v. 12.08.1997 DÖD 1998, 163 bis 165 u. Beschl. v. 22.09.1994, – Az. TK 1846/93 – ArbuR 1995, 197, juris).

Bei der Festlegung einer Punktetabelle zur Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer handelt es sich demgegenüber um eine mitbestimmungsfreie Regelungsbefugnis der Arbeitgeberin. Diese Punktetabelle soll dazu dienen, für die einzelnen Bereiche auszuweisen, welche Sozialdaten und zu welchem Verhältnis zueinander Arbeitnehmer zugeteilt bekommen, um bestimmte Kündigungen auszusprechen. Damit handelt es sich nur um die Festlegung der Kriterien der Sozialauswahl für konkret vorliegende Kündigungen und nicht um generelle für alle künftigen Kündigungen maßgebliche Kriterien für die Sozialauswahl. Die Arbeitgeberin ist deshalb berech-



tigt, vorab zur eigenen Bestimmung der durchzuführenden Sozialauswahl Kriterien zu entwickeln, die aus ihrer Sicht für die konkret auszusprechenden Kündigungen zutreffend sind. Dass es sich insoweit auch nur um eine Einzelfallentscheidung handelt, wird bestätigt dadurch, dass das Gewicht der verschiedenen Sozialdaten nicht unveränderlich feststeht, sondern zukünftig auch abhängen kann von der arbeitsmarktpolitischen, wirtschaftlichen oder sozialpolitischen Entwicklung (vgl. BAG v. 24.03.1983, – Az. 2 AZR 21/82 – AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 5. März 2004, 16 TaBV 45/03, Rechtsbeschwerde zugel.

#### 480. Sozialplan, Unzumutbarkeit, Abfindungsanspruch

Nach der Rechtsprechung des BAG (Beschluss vom 28.09.1988, 1 ABR 23/87, a. a. O.), der sich die Kammer wiederum ohne Einschränkungen anschließt, ist es weder rechtsfehlerhaft noch widerspricht es billigem Ermessen, wenn die Einigungsstelle die Regelung im Sozialplan insgesamt so ausgestaltet, dass der Anreiz für Arbeitnehmer, einen angebotenen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Arbeitgebers anzunehmen, möglichst groß ist. Dies kann auch auf die vorliegend gewählte Weise, bei Ablehnung des Angebots keine Abfindung zu zahlen, geschehen.

Des weiteren widerspricht es nicht der Regelungsbefugnis der Einigungsstelle, wenn sie diejenigen Tatbestände näher definiert, bei deren Vorliegen der Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Arbeitgebers ablehnen kann und gleichwohl eine Abfindung erhält. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Tatbestände Umstände beschreiben, unter denen erfahrungsgemäß ein Wechsel des Arbeitsortes nur unter Inkaufnahme zusätzlicher Nachteile und Erschwernisse möglich oder gar ganz unmöglich ist. Dass es darüber hinaus noch eine Vielzahl anderer Umstände geben kann – auf die sich die Klägerin im übrigen weitestgehend gar nicht beruft –, die einen Wechsel des Arbeitsortes und einen damit möglicherweise verbundenen Umzug erschweren, verpflichtet die Einigungsstelle nach der bereits mehrfach zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht, auch diese in den Katalog der Unzumutbarkeitstatbestände aufzunehmen. Anderenfalls, d. h. bei Berücksichtigung aller persönlichen Umstände, die einem Wechsel des Arbeitsortes entgegenstehen könnten, könnte das Ziel, Arbeitsplätze für die von der Standortverlegung betroffenen Arbeitnehmer zu erhalten, nicht erreicht werden.

Nach Auffassung der Kammer war die Einigungsstelle daher nicht gehalten, auch für jüngere als 55 Jahre alte Arbeitnehmer die Unzumutbarkeit des Arbeitsplatzwechsels anzunehmen. Insoweit hat sie das Kriterium der Rentennähe, das die 51 Jahre alte Klägerin zur Begründung der von ihr angenommenen Unzumutbarkeit heranzieht, bereits in einem ausreichenden Maße berücksichtigt.

Die lange Fahrtzeit, die die Klägerin ebenfalls zur Begründung

der Unzumutbarkeit des Arbeitsplatzangebotes heranzieht, ist – wie sich aus § 112 Abs. 5 S. 2 nr. 2. letzter Hs. BetrVG ergibt – für sich genommen nicht geeignet, die Unzumutbarkeit zu begründen.

Schließlich war die Einigungsstelle auch nicht gehalten, die Frage der Zumutbarkeit eines anderen Arbeitsplatzes durch eine zusätzliche Generalklausel zu regeln, da diese keine Rechtssicherheit hätte herbeiführen können und die Gefahr einer Vielzahl an Folgerechtsstreitigkeiten mit sich gebracht hätte (vg. BAG, Beschluss vom 28.09.1988, 1 ABR 23/87, a. a. O.).

■ Arbeitsgericht Aachen  
vom 9. Juni 2004, 6 Ca 6703/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11, 52072 Aachen, Tel.: 0241/93295–96, Fax: 0241/93295–97, E-mail: Sparla-Rechtsanwalt@t-online.de, www.Sparla-Rechtsanwaelte.de

#### 481. Sozialplan, arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, Stichtagsregeln, Höchstbetragsklausel

1. Aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich kein Anspruch auf eine über den Regelungen des Sozialplans liegende Abfindung in der Höhe, wie sie vor Entscheidung über eine Betriebsschließung mit Arbeitnehmern in individuellen Aufhebungsverträgen vereinbart worden sind.

2. In einem Sozialplan zulässig ist eine Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen für den übergangslosen oder jedenfalls zeitnahen Bezug von Altersrente nach Ablauf des Anspruchs auf Arbeitslosengeld erfüllen und die insoweit wirtschaftlich zumindest teilweise abgesichert sind, und den übrigen Arbeitnehmern, bei denen das Risiko der Dauerarbeitslosigkeit ohne wirtschaftliche Absicherung besteht.

3. Stichtagsregelungen in Sozialplänen sind vielfach üblich und ein sinnvolles Steuerungselement. Dass sie in Einzelfällen Härten mit sich bringen, macht sie nicht unzulässig. Solche Härten wohnen jeder Stichtagsregelung inne und müssen hingenommen werden, wenn die Wahl des Zeitpunktes am gegebenen Sachverhalt orientiert ist (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 10 AZR 155/95 –). Das ist – wie ausgeführt – hier zu bejahen. Der Kläger muss deshalb hinnehmen, dass er höhere Rentenabschläge hinnehmen muss als Arbeitnehmer, die ebenfalls zu der Gruppe gehören, aber früher das 65. Lebensjahr vollenden.

4. Höchstbetragsklauseln sind zulässig, wenn die Begrenzung schlicht gerechtfertigt ist. In der Regel steht nur ein begrenztes Sozialplanvolumen zur Verfügung, so dass ohnehin nicht alle Nachteile ausgeglichen werden können. Auch haben oft jüngere Arbeitnehmer mit niedrigeren Einkommen, die sich vielfach noch im Aufbau ihrer wirtschaftlichen und familiären Situation befinden, nicht geringere wirtschaftliche Probleme bei dem Verlust des Arbeitsplatzes als ältere Arbeit-

## Tarifrecht

nehmer mit höheren Einkommen (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 10 AZR 155/95 –).

Für die sachliche Rechtfertigung lässt sich im vorliegenden Fall auch anführen, dass sie nicht nur bei der Bemessung des Aufstockungsbetrages bei älteren Arbeitnehmern zum Tragen kommt, sondern auch bei der Berechnung der Abfindung für die Arbeitnehmer, die am 31. Dezember 2003 noch nicht 57 Jahre und 4 Monate alt waren und deshalb einen Anspruch nach Ziffer 2 des Sozialplans haben.

■ Arbeitsgericht Aachen  
vom 26. Mai 2004, 2 Ca 227/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackerstraße 11, 52072 Aachen, Tel.: 0241/93295–96, Fax: 0241/93295–97, E-mail: Sparla-Rechtsanwaelt@t-online.de, www.Sparla-Rechtsanwaelte.de

## Tarifrecht

### 482. Altersteilzeit, Aufstockungsbetrag

Bei § 10 Nr. 4 des Tarifvertrages ... (UmBw) setzt die Zahlung eines Aufstockungsbetrages im Rahmen eines Altersteilzeitverhältnisses nicht voraus, dass der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann. Wenn die in § 3 TV UmBw geregelte Möglichkeit zur Arbeitsplatzsicherung durch Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, von anderen Vorschriften des TV UmBw (wie § 9 Abs. 3 a zur Zahlung einer Abfindung) als Voraussetzung in Bezug genommen wird, ergibt sich aus dem Fehlen einer derartigen Inbezugnahme in § 10 Nr. 4 TV UmBw, dass die Tarifvertragsparteien in diesem Fall die Voraussetzung nach § 3 TV UmBw nicht wollten.

Dem steht auch nicht der Sinn und Zweck des TV UmBw entgegen.

■ Arbeitsgericht Marburg  
vom 10. März 2004, 1 Ca 603/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987, E-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

### 483. Arbeitnehmerähnliche Person, Schutzbedürftigkeit, Entgeltobergrenze

Bei der Entgeltobergrenze für eine Anerkennung als arbeitnehmerähnliche Person nach dem Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen der Deutschen Welle (aäPTV) zählen jedenfalls die Einkünfte aus Erwerbstätigkeit bei anderen Anstalten mit.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 4. September 2003, 6 Sa 683/04, Rev. zugel.

### 484. Lehrer, Pflichtstundenerhöhung

Die Pflichtstundenerhöhung für angestellte Lehrer im Land Berlin durch die Änderung der AZVO vom 6.1.2003 (GVBI S. 2) ist wirksam.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 12. März 2004, 13 Sa 2400/03

### 485. Ausschlussfrist, Anwendbarkeit auf gesetzliche Zinsansprüche, Feststellungsantrag zur Vergütung, Verzinsung und Ausschlussfrist

1. Werden gesetzliche Zinsen gemeinsam mit der Hauptsacheforderung eingeklagt, ist wegen der Akzessorietät zur Hauptsacheforderung eine schriftliche Geltendmachung innerhalb einer einstufigen Ausschlussfrist nicht erforderlich.
2. Werden die Zinsansprüche außerhalb des Hauptsacheprozesses eingeklagt, unterfallen sie Ausschlussfristen zur schriftlichen Geltendmachung.
3. Macht der Kläger im Prozess auf Feststellung der Vergütungspflicht nach einer bestimmten Vergütungsgruppe geltend, die Beklagte habe die Ansprüche „ab Rechtshängigkeit zu verzinsen“, genügt dies der schriftlichen Geltendmachung des Anspruches auf Prozesszinsen. Dies gilt auch dann, wenn der Zinsantrag später zurückgenommen wird und die Prozesszinsen in einem späteren Prozess als Hauptforderung eingeklagt werden.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 7. Oktober 2003, 6 Sa 220/03

### 486. Feststellungsinteresse, dynamische Geltung BAT-O aufgrund Vereinbarung, Zinsen (5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz)

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Auch die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages im Arbeitsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien Streit über den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages besteht (vgl. BAG Urteil vom 26.07.2001 – 8 AZR 759/00 = AP Nr. 63 zu § 256 ZPO 1977).

Zulässig ist nach dieser neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwar nicht, dass das Arbeitsverhältnis insgesamt als das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis einer Klärung zugeführt werden muss. Doch fallen unter den Begriff des Rechtsverhältnisses auch einzelne Rechte, Pflichten oder Folgen einer solchen Rechtsbeziehung. Die Anwendbarkeit eines bestimmten Tarifvertrages im Arbeitsverhältnis betrifft nicht eine abstrakte Rechtsfrage, sondern bestimmt den Umfang der Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis, soweit der Tarifvertrag diese regelt. ... Das Bundesarbeitsgericht sieht gegenwartsbezogene Klagen von Beschäftigten aus Feststellung, dass ein Arbeitsverhältnis bestehe, in

ständiger Rechtsprechung als zulässig an und zwar auch dann, wenn bereits im Prozess erkennbar wird, dass später über einzelne Arbeitsbedingungen gestritten wird. ... Für eine Feststellungsklage, mit der geklärt werden soll, welcher Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, ist das Feststellungsinteresse gegeben, wenn hiervon die Entscheidung über Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis abhängt. Durch die Feststellung, dass die sich aus einem bestimmten Tarifvertrag ergebenden Rechte und Pflichten für das Arbeitsverhältnis gelten, wird der wesentliche Inhalt des Arbeitsverhältnisses geklärt und eine Vielzahl von Einzelfragen dem Streit der Parteien entzogen. Daraus folgt das erforderliche Feststellungsinteresse (vgl. BAG Urteil vom 26.07.2001, a. a. O. zu I. 2., 3. a, b der Entscheidungsgründe).

2. Das Feststellungsinteresse ist jedoch zu verneinen, wenn eine Klage auf Leistung möglich, zumutbar und teildentisch erhoben ist, da dann über den gleichen Streitgegenstand notwendigerweise entschieden werden muss.

Es genügt, wenn die dynamische Fortgeltung des BAT-O im Leistungsantrag nur inzident zum Ausdruck kommt.

3. Wird aufgrund eines Landesgesetzes (hier § 11 V Unklinikgesetz des Freistaat Sachsen) die dynamische Geltung des BAT-O für ein Unternehmen des Landes abbedungen, so berührt dies eine einzelvertragliche dynamische Inbezugnahme Klausel nicht.

Die Arbeitsvertragsparteien des vorliegenden Falles hatten eine günstigere Regelung insoweit getroffen, als sie der Gesetzgeber vorsah, weil die „jeweils gültigen Tarifverträge“ im Bereich des BAT-O auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollten. Eine solche einzelvertragliche Regelung ist nicht zu beanstanden. Demgegenüber kann nicht festgestellt werden, wonach eine Legitimation des Gesetzgebers vorliegt, mit der zulasten einer der Arbeitsvertragsparteien in einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag eingegriffen werden kann.

4. Die darüber hinausgehende Zinsforderung von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen gesetzlichen Basiszinssatz ist unbegründet. Die mit der Schuldrechtsmodernisierung beabsichtigte Erhöhung des Verzugszinses sollte nach der Begründung des Gesetzentwurfs nur Geschäftsvorfälle zwischen Unternehmern erfassen (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl., Rn 8 a unter Bezugnahme auf Bundesratsdrucksache 338/01, 176 f.). Ein über fünf Prozentpunkte über den jeweiligen gesetzlichen Basiszinssatz hinausgehender Zinsanspruch ist daher abzulehnen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 22. April 2004, 9 Ca 5995/03

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: 0341/98462-24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

#### 487. BAT, einzelne Vorschriften, auflösende Bedingung im Tarifvertrag (§ 59 Abs. 1 und Abs. 3 BAT); Kündigungsschutzgesetz, Umgehung

§ 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BAT umgeht nach der Neufassung des § 59 Abs. 3 BAT das Kündigungsschutzgesetz nicht (mehr).

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 19. Dezember 2003, 13 Sa 1481/03, Rev. zugel.

#### 488. Bestimmung des Betriebes i. S.d. § 7.2.2 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe nach Betriebsteilübergang

Findet der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) auf das Arbeitsverhältnis nach einem Betriebsteilübergang erstmals Anwendung, ohne dass eine vertragliche Vereinbarung der Parteien über den Betrieb i. S.d. § 7.2.2 BRTV vorliegt, ist dieser Betrieb nach dem Gegenstand des Betriebsteilübergangs zu bestimmen. Stellt der übernommene Betriebsteil für den Erwerber lediglich eine Arbeitsstelle i. S.d. § 7.2.2 Satz 2 BRTV dar, gilt daher die nach Kilometern nächstgelegene Vertretung des Erwerbers als Betrieb.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 21. Januar 2004, 17 Sa 2175/03, Rev. zugel.

#### 489. Beschäftigungsbrücke, Auszubildender, Anschluss-Arbeitsverhältnis, personenbedingte Gründe, Begriff der „erfolgreichen“ Abschlussprüfung

1. Der in § 8 Nr.1 TV Beschäftigungsbrücke normierte Übernahmeanspruch ist auf eine vollzeitige Anschlussbeschäftigung in einem der vorangegangenen erfolgreich abgeschlossenen Berufsausbildung entsprechenden Tätigkeitsfeld gerichtet.

2. Personenbedingte Gründe i. S.v. § 8 TV Beschäftigungsbrücke sind nicht mit dem entsprechenden Begriff aus § 111 KSchG gleichzusetzen, sondern umfassen alle Gründe, die aus der Sphäre des Auszubildenden stammen einschließlich verhaltensbedingter Gründe. Es muss sich um Gründe handeln, die objektiv den Schluss zulassen, dass ein zweckentsprechender Vollzug eines zwölfmonatigen Anschlussarbeitsverhältnisses auch unter den Gesichtspunkten einer angemessenen Arbeitsleistung und/oder eines vertragsgerechten Verhaltens in Frage gestellt ist.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anspruchsvoraussetzung der „erfolgreich bestandenen Abschlussprüfung“ die für die Übernahme in ein Anschlussarbeitsverhältnis erforderliche fachliche Eignung abschließend regelt. Jedenfalls ist es dem Arbeitgeber verwehrt, sich gegenüber einem Azubi, der die (erstmalige) Abschlussprüfung in allen Teilen mit der Note Befriedigend bestanden hat, darauf zu berufen, er sei für ein Anschlussarbeitsverhältnis fachlich ungeeignet.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 1. Oktober 2003, 7 Sa 623/03, Rev. zugel.

## Sonstiges

### 490. Dienstplan, Zeitfenster, Dienstplanänderung nicht außerplanmäßig, außerplanmäßige Kurzeinsätze im Sinne von § 9 Abs. 8 Satz 5 des Tarifvertrages zur Regelung einer Jahresarbeitszeit für die Arbeitnehmer der DB AG

1. Ein Dienstplan kann in zeitlicher Hinsicht für den Einsatz der Arbeitnehmer sowohl exakte Zeiten („von ... bis ...“) als auch „Zeitfenster“ („Arbeitsbeginn in der Zeit von ... bis ...“ oder „Arbeitsende in der Zeit von ... bis ...“) vorsehen.

2. Die Aktualisierung bzw. Änderung eines langfristig aufgestellten Dienstplans durch sogenannte „Dienständerungsblätter“ für eine größere Anzahl von Arbeitnehmern ist selbst wiederum Dienstplan, wenn sie in ausreichender Zeit vor dem effektiven Einsatz bekannt gegeben wird; dieser Einsatz ist dann nicht „außerplanmäßig“.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 22. Januar 2004, 16 Sa 2066/03, Rev. zugel.

### 491. Karneval, Rosenmontag, Arbeitsbefreiung, betriebliche Übung, tarifliche Schriftformklausel

Ein Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung an Rosenmontag durch betriebliche Übung ist im Geltungsbereich des ehemaligen TV Arb (Tarifvertrag für Arbeiter der Deutschen Bundespost) auch durch wiederholte vorbehaltlose Gewährung nicht entstanden. Er ist auch nicht dadurch entstanden, dass die Praxis nach der Privatisierung zur Deutschen Telekom AG fortgesetzt wurde, bis für diese der MTV am 01.07.2001 in Kraft trat. Dem stand die Formklausel für Nebenabreden in beiden Tarifwerken entgegen. Die Arbeitsbefreiung an Rosenmontag ist eine Nebenabrede.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 8. August 2003, 11 Sa 238/03, Rev. eingelegt zum AZ 9 AZR 554/03

### 492. Schlechterstellung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern in einer tarifvertraglichen Besitzstandsregelung

1. Eine tarifvertragliche Regelung, die bestimmt, dass bei Streitigkeiten zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung um Interessenausgleiche und Sozialpläne an die Stelle der Einigungsstelle nach § 76 Abs. 8 BetrVG die tarifliche Schlichtungsstelle tritt, enthält keine Kompetenzregelung, die den Abschluss eines Tarifvertrages über in einem Sozialplan regelbare Inhalte ausschließt.

2. Die §§ 111 ff. BetrVG stellen keine abschließende Regelung dar, die dem Abschluss eines Tarifvertrages entgegen stehen.

3. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, korrigierend in die Höhe einer dem Grunde nach berechtigten Tarifforderung einzugreifen, solange nicht die Tarifforderung selbst auf ein tariflich nicht regelbares Ziel gerichtet ist.

4. Ein tariflicher Sozialplan kann als zulässige Tarifforderung grundsätzlich auch im Wege eines Streiks erkämpft werden.

5. Dies gilt auch für den Abschluss eines Firmentarifvertrages, selbst, wenn der Arbeitgeber verbandszugehörig ist.

6. Einer Gewerkschaft kann nicht ohne weiteres zugemutet werden, auf eine von ihr angestrebte tarifliche Regelung, über deren rechtliche Zulässigkeit noch keine höchstrichterlichen Erkenntnisse vorliegen und zu der auch von namhaften Rechtswissenschaftlern unterschiedliche Auffassungen mit jeweils guten Gründen vertreten werden, allein deswegen von vornherein zu verzichten, weil die Gefahr besteht, dass die Gerichte später einen von ihrer Rechtsansicht abweichenden Rechtsstandpunkt einnehmen. Eine Unterlassungsverfügung setzt deshalb voraus, dass die Rechtswidrigkeit des Streiks ohne rechtsfortbildende Überlegungen feststellbar ist.

7. Bei Zweifeln über die Rechtmäßigkeit der angestrebten tariflichen Regelung darf von dem äußeren Mittel des Streiks nur in maßvollem Rahmen und vor allem nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn für die Zulässigkeit der tariflichen Regelung sehr beachtliche Gründe sprechen und des weiteren eine endgültige Klärung der Rechtslage anders nicht zu erreichen ist.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 2. Juni 2004, 7 Sa 819/04, rkr.

### 493. Sonderurlaub nach § 50 Abs. 2 BAT ohne Fortzahlung der Bezüge, dauernde Arbeitsunfähigkeit, Umschulung

1. Die Umschulung zu einem berufsqualifizierenden Abschluss ist ein wichtiger Grund im Sinne des § 50 Abs. 2 BAT.

2. Die Teilnahme an einer berufsfördernden Leistung in Form einer Umschulung stellt für eine in der bisherigen Tätigkeit dauernd arbeitsunfähige Arbeitnehmerin einen wichtigen Grund für unbezahlten Sonderurlaub nach § 50 Abs. 2 BAT unabhängig davon dar, ob die angestrebte Qualifikation eine Weiterbeschäftigung bei dem bisherigen Arbeitgeber ermöglicht.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 2. Oktober 2003, 96 Ca 19.590/03

### 494. Wiedereinstellungsanspruch, Ausschlussfrist

Der Wiedereinstellungsanspruch nach § 46 Abs. 3 des Rahmentarifvertrages für das Maler- und Lackiererhandwerk unterfällt der tariflichen Ausschlussfrist.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 18. November 2003, 13 Sa 679/03, Revision eingelegt zum AZ 9 AZR 37/04

## Sonstiges

### 495. Arbeitslosengeld, Sperrzeit, Aufhebungsvertrag

Eine Sperrzeit tritt nicht ein, wenn der Arbeitslose für sein Verhalten einen wichtigen Grund hatte. Der Kläger hatte eine leitende Funktion und wurde mit zumindest zweifelhaften Ansprüchen durch seinen Arbeitgeber „bedroht“. Aus Sicht des



Gerichtes war das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Kläger durch das Arbeitgeberverhalten derart gestört, dass dem Kläger eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar war.

■ Sozialgericht München  
vom 20. Oktober 2003, S 48 AL 808/98  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Schäder, Westendstraße 146, 80339 München, Tel.: 089/544 14 60,  
Fax: 089/544 14 666, E-mail: schaeder@schaeder.de;  
www.schaeder.de

#### 496. Insolvenzgeld, unbestimmte Abschlagszahlung des insolventen Arbeitgebers

Eine unbestimmte Gehaltsabschlagszahlung des insolventen Arbeitgebers fällt nach dem Rechtsgedanken des § 366 Abs. 2 BGB wegen der geringen Sicherheit zunächst in die Zeit vor dem Insolvenzgeldzeitraums. Nach dem Schutzgedanken des Insolvenzgeldrechts und unter der Zugrundlegung des § 366 Abs. 2 BGB werden deshalb die vor dem Insolvenzzeitraum liegenden Arbeitstage durch den Vorschuss des insolventen Arbeitgebers abgedeckt.

■ Sozialgericht München  
vom 27. Februar 2004, S 46 AL 518/01  
eingereicht von Rechtsanwalt Armin Englisch, Schloßstraße 29, 86732 Oettingen, Tel.: 09082/9696–60, Fax:09082/9696–69, E-mail: eder-englisch@t-online.de

#### 497. Nachweis der Anmeldung zur Lohnsteuerpflicht und Abführung der Lohnsteuer

Ist in einem Vergleich bestimmt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer u. a. die Abführung der lohnsteuerpflichtigen Abzüge durch Vorlage einer Bescheinigung nachzuweisen hat, so ist dieser Verpflichtung nicht Genüge getan, wenn lediglich Kontoauszüge vorgelegt werden, aus denen die tatsächlich angefallene Lohnsteuer nicht hervorgeht. Auch ein nicht unterschriebenes Formular zur Anmeldung der Lohnsteuer ist keine Zahlungsbestätigung i. S. d. Vergleichs.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 13. April 2004, 6 Ta 42/04

#### 498. Verbesserungsvorschlag eines Arbeitnehmers zum betrieblichen Ablauf, Beurteilung durch paritätische Kommission, Überprüfbarkeit durch Arbeitsgerichte

1. Die von der zuständigen Kommission getroffene Entscheidung ist entsprechend nur noch beschränkt überprüfbar, nämlich in entsprechender Anwendung der §§ 917, 319 BGB auf grobe Unbilligkeit sowie auf Verstöße gegen die zugrunde liegenden Vorschriften. Eine derartige grobe Unbilligkeit ist seitens des Klägers nicht behauptet worden. Die Rechtsprechung geht dann von einer groben Unbilligkeit aus, wenn sich die Unrichtigkeit jedermann oder wenigstens dem sachkundigen unbefangenen Beobachter unmittelbar

aufdrängt (BAG, Urteil vom 22. Januar 1997 – 10 AUR 468/96 – EzA TVG § 4 Scheidungsgutachten Nr. 1).

2. Entscheidend ist hier, dass die Ideenkommission aufgrund ihrer Sachnähe und aufgrund vom Kläger nicht beanstandeter Verfahrensabläufe eine Entscheidung getroffen hat, die aufgrund ihrer Betriebsnähe als abschließende Tatsachenfeststellung zu gelten hat. Die von der Ideenkommission getroffene Entscheidung ist nachvollziehbar dargestellt, so dass auch ersichtlich ist, auf welche Tatsachen die Entscheidung gestützt wird. Weder ist ersichtlich, dass das Ergebnis auf grobe Unbilligkeit beruht, insbesondere dass sich die Unrichtigkeit einem unbefangenen Beobachter unmittelbar aufdrängen müsste.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 27. Mai 2004, 14 Sa 303/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Neef, Podbielskistaße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563–33, Fax: 0511/2155563–43

#### 499. Entschädigungsanspruch eines schwerbehinderten Bewerbers wegen Nichteinstellung; notwendige Kenntnis der maßgeblichen Vertreter des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung

1. Ein Entschädigungsanspruch des nicht eingestellten, schwerbehinderten Arbeitsplatzbewerbers gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 2, 3 SGB IX setzt eine Benachteiligung wegen der Behinderung voraus. Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn der Behinderung zumindest eins von mehreren Motiven (d. h. Beweggründen) ist.

2. Eine Benachteiligung wegen der Behinderung scheidet aus, wenn die Personen, die die gesetzlichen Pflichten der §§ 82 ff. SGB IX in Vertretung des Arbeitgebers zu erfüllen haben, von der Behinderung keine Kenntnis erlangt haben (z. B. weil eine Bürokräft auf dem vor ihr für jeden Bewerber anzulegenden Übersichtsblatt die im Bewerbungsschreiben angegebene Behinderung nicht aufgeführt hat).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 1. April 2004, 7 SHa 4/04

#### 500. Zulässigkeit des Rechtsweges

Für Klagen eines angestellten „Geschäftsführers“ einer Einzelhandelsfirma ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeits-sachen eröffnet, wenn die Vertragsparteien den Anstellungsvertrag als „Arbeitsvertrag“ bezeichnet haben.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 28. Juni 2004, 9 Ta 124/04, rkr.

#### 501. Unterschriftserfordernis für die Klageschrift

Auch in den §§ 130 Nr. 6, 253 Abs. 4 ZPO n.F., ist die Unterschrift der Partei zwingendes Wirksamkeitserfordernis einer Klageschrift.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 19. November 2003, 4 Ta 318/03

## Sonstiges

### 502. Beweisangebot, substantiiertes Sachvortrag, Ausforschungsbeweis

Einem Beweisangebot ist nachzukommen, wenn der diesem zugrunde liegende Sachvortrag hinreichend substantiiert ist. Dies ist der Fall, wenn ein individueller Geschehensablauf geschildert ist. Dabei kann sich die notwendige Individualisierung auch aus anderen Umständen als der genauen Zeit und dem genauen Ort eines Gesprächs ergeben – hier: unstreitig einziges Angebot zu einer vom Kläger angetretenen Flugreise bei Streit über den genauen Inhalt des Angebots.

Es handelt sich nicht um einen Ausforschungsbeweis. Die Behauptungen sind nicht „aufs Geratewohl“ und „ins Blaue hinein“ aufgestellt (hierzu *Zöller-Greger*, ZPO, 24. Aufl. 2004, Vor § 284 Rn 5). Sie zielen nicht darauf ab, bei Gelegenheit der beantragten Beweisaufnahme Tatsachen erst in Erfahrung zu bringen (vgl. etwa *Musielak-Foerste*, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 284 Rn 16). Sie sind nicht völlig vage und unsubstantiiert, um hierdurch erst konkrete Hinweise für weiteren tatsächlichen Vortrag zu erhalten (MK-*Prütting*, Band 1, 2. Aufl. 2000, § 284 Rn 74). Sie beziehen sich nicht auf eine Vielzahl von nicht näher benannten Gegenständen (so im Fall des BGH vom 01.12.1993, –VIII ZR 243/92 –, NJW-RR 1994, 377: „im restlichen Warenbestand keine hinzugekommenen Gegenstände enthalten, die nicht entweder im Räumungsverkauf veräußert oder an Lieferanten zurückgegeben waren“). Zu verlangen ist nicht, dass die Partei, die selbst keine genaue Kenntnis vom Wortlaut von Vereinbarungen hat oder die solche Kenntnisse nach längerem Zeitablauf nicht mehr hat, einen solchen Wortlaut einfach behauptet und den Sachvortrag damit entgegen der prozessualen Wahrheitspflicht „schlüssig lügt“ (vgl. etwa *Musielak-Stadler*, a. a. O., § 139 Rn 16). Es ist ausreichend, wenn der Beweisbelastete Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Das Gericht muss in der Lage sein, auf Grund des tatsächlichen Vorbringens zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das behauptete Recht vorliegen. Eine Beweisaufnahme zu einem bestrittenen erheblichen Vorbringen darf nicht abgelehnt werden, wenn die Behauptung konkret genug ist, um eine Stellungnahme des Gegners zu ermöglichen und die Erheblichkeit des Vorbringens zu beurteilen (BGH vom 20.09.2002, – V ZR 170/01 –, NJW-RR 2003, 69). Es genügt die Individualisierbarkeit des Geschehensablaufes und der behaupteten Äußerungen, wobei der genaue Wortlaut nicht verlangt werden muss, wenn sich der behauptete Inhalt der Äußerung – wie hier Angebot „zum Ausgleich“ der konkret benannten geltend gemachten Forderungen des Klägers – aus dem Tatsachenvortrag erschließt. Vorliegend ist diese Individualisierbarkeit gegeben. Auch der Kläger behauptet nicht, dass er mehrere Angebote für gesponserte Reisen nach New York bekommen hätte. Wann genau er das unstreitig einzige Angebot für diese Reise erhal-

ten hat, ist für die Individualisierung des Vorgangs in einem solchen Fall nicht von Bedeutung. Im Vordergrund steht die Frage, welchen genauen Wortlaut die bei diesem – einzigen und individualisierten – Gespräch von den Parteien gemachten Äußerungen hatten. Jedenfalls in einem solchen Fall ist damit der beantragten Zeugeneinvernahme nachzukommen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 2. April 2004, 6 Sa 846/01

### 503. Aussetzungsverfahren

Gemäß § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder z. T. von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen ist. Voraussetzung für eine Aussetzung nach § 148 ZPO ist, dass die Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit vorgreiflich ist für die Entscheidung, die in dem ausgesetzten Verfahren ergehen soll; der in dem anderen Verfahren zu erwartenden Entscheidung muss präjudizielle Bedeutung zukommen (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 23. Aufl., Rn 5 zu § 148). Die Anordnung der Aussetzung gemäß § 148 ZPO steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (vgl. *Zöller/Greger*, a. a. O., Rn 7; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 60. Aufl., Rn 32 zu § 148 jeweils m. w. N.).

Die Entscheidung des Gerichts über die Anordnung der Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO kann vom Beschwerdegericht nur auf Verfahrens- und Ermessensfehler überprüft werden. Das Beschwerdegericht ist nicht befugt, in die zur Hauptsache ergangene rechtliche und tatsächliche Würdigung des Prozessgerichts einzugreifen (vgl. *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 21. Aufl., Rn 10 zu § 252 Abs. 2 m. w. N.; *MR-Feiler*, ZPO, Rn 28 zu § 252 m. w. N.). Das Beschwerdegericht hat nur zu überprüfen, ob die angefochtene Entscheidung die gesetzlichen Voraussetzungen verkannt oder nicht befolgt hat oder ob sie gegen Denkgesetze verstößt (MK-*Feiler*, a. a. O., Rn 27).

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 23. August 2004, 4 Ta 215/04, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462–0, Fax: 0341/98462–24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

### 504. Aussetzung, Vorgeiflichkeit, Ermessen

Die gerichtliche Entscheidung über die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen Rechtsstreits nach § 148 ZPO bedarf einer zweistufigen Prüfung. Zunächst ist die Vorgeiflichkeit festzustellen. Hierbei handelt es sich um die Klärung einer Rechtsfrage, bei der dem Gericht kein Ermessen zusteht. Sodann ist auf der zweiten Prüfungsebene unter Ausübung richterlichen Ermessens eine umfassende Abwägung der Vor- und Nachteile einer Aussetzung des Rechtsstreits

vorzunehmen. Eine unterbliebene Ermessensausübung führt zur Unwirksamkeit des Aussetzungsbeschlusses.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 17. Dezember 2003, 3 Ta 384/03

### 505. Aussetzungsantrag eines Beschuldigten im Ordnungswidrigkeitsverfahren

Das Arbeitsgericht kann nur wegen des Verdachts einer Straftat, nicht wegen des Verdachts einer Ordnungswidrigkeit den Arbeitsgerichtsprozess aussetzen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 18. Mai 2004, 13 Ta 1076/04

### 506. Protokollberichtigung bei unvollständiger Tonträgeraufzeichnung

Auch dann, wenn Indizien für eine Unvollständigkeit des Protokolls vorliegen, erfolgt keine Berichtigung, wenn der genehmigte Wortlaut mit der Tonträgeraufzeichnung übereinstimmt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 26. März 2004, 6 Ta 54/04

#### Anmerkung:

Im vorliegenden Fall hatten die Beteiligten wohl einen vereinbarten Vergleich unvollständig protokolliert. Es fehlte die besprochene Abfindung! Es bietet sich dann eher die Anfechtung des Vergleiches an als die Protokollberichtigung. (*me*)

### 507. Berufungseinlegungsfrist, Berufungsbegründungsfrist, Rechtsmittelbelehrung, Berechnung bei fehlender Urteilsbegründung

§ 66 Abs. 1 S 2 ArbGG stellt eine Spezialvorschrift zu § 9 Abs. 5 ArbGG dar. Die Jahresfrist des § 9 Abs. 5 S 4 ArbGG ist daher im Rahmen der Berufungsfrist nicht anwendbar. Die einmonatige Berufungseinlegungs- sowie die zweimonatige Berufungsbegründungsfrist beginnen spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils(tenors).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 24. September 2003, 3 Sa 232/03, Revision eingelegt zum AZ 2 AZR 611/03

### 508. Berufungsbegründungsfrist, Fristverlängerungsantrag

Eine „starke Arbeitsüberlastung“ des Prozessbevollmächtigten kann Grund für eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sein; sie darf allerdings nicht nur pauschal behauptet, sondern muss durch substantiierten Sachvortrag schlüssig dargelegt werden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 10. April 2004, 10 Sa 519/04

#### Anmerkung:

Die Anforderung erscheint aus richterlicher Sicht verständlich, dürfte einem Rechtsanwalt aber nicht zumutbar sein. Welcher Rechtsanwalt mag schon – auch dem zu informierenden Mandanten gegenüber – einräumen, dass er seiner Arbeit nicht mehr nachkommt, also „überlastet“ ist, und dies auch noch „substantiiert“ beschreiben? (*gr*)

### 509. Parteierweiterung auf Beklagtenseite in der zweiten Instanz

Eine Parteierweiterung auf Beklagtenseite in 2. Instanz ist nur in Ausnahmefällen (Zustimmung des neuen Beklagten oder rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Zustimmung) möglich.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 9. Dezember 2003, Sa 143/03

### 510. Klageänderung in Berufungsinstanz

Nach § 533 i. V. m. § 264 Nr. 3 ZPO ist es als eine Änderung der Klage nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

Die Klägerin hat mit ihrem Hauptantrag zu 1. vor dem Arbeitsgericht die Gewährung von Urlaub verlangt, weil im bestehenden Arbeitsverhältnis der Urlaub in natura zu gewähren ist (§§ 1,7 Abs. 1 BUrlG). Da das Arbeitsverhältnis nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht aufgrund der Kündigung der Klägerin geendet hat, kann sie nunmehr nur noch die Abgeltung des Urlaubs verlangen (§ 7 Abs. 4 BUrlG).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 30. April 2004, 9 Sa 1944/03  
eingereicht von Rechtsanwalt Christian Pühr-Westerheide, Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel.: 02065/3000-0, Fax: 02065/3000-50, E-mail: info@ra-npp.de, www.ra-npp.de

### 511. Erledigung, Kostenentscheidung

Im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO kann im arbeitsgerichtlichen Verfahren in 1. Instanz zu Lasten der Klagepartei auch berücksichtigt werden, dass sie die Klage nicht zurückgenommen hat, wenn

- dadurch die Gerichtsgebühren vollständig entfallen wären,
- Auslagen als Kleinbetrag niedergeschlagen worden wären,
- Erstattungsansprüche für außergerichtliche Kosten wegen § 12 a ArbGG nicht ersichtlich sind und
- die Klagepartei hierauf vom Gericht hingewiesen wurde.

■ Arbeitsgericht Nürnberg  
vom 1. Dezember 2003, 3 Ca 8918/03 A

## Streitwert und Gebühren

### Anmerkung:

So sehr die Unvernunft der Klagepartei aus prozessökonomischen Gründen auch auf der Hand liegt, ist die Entscheidung verfassungsrechtlich doch äußerst bedenklich. Wer Recht hat, darf es nicht dadurch verlieren, dass er den Gerichten Arbeit verursacht. (gr)

### 512. Kostenerstattung, Reisekosten, Rechtsanwalt, Bundesarbeitsgericht, Erstattungsfähigkeit

Im Hinblick auf die Erstattungsfähigkeit der Reisekosten eines Rechtsanwalts, der nicht am Ort des Revisionsgerichts wohnt, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Beauftragung dann notwendig im Sinne von § 91 Abs. 2 S. 1 und 2 ZPO ist, wenn es sich um einen Rechtsanwalt handelt, der am Wohnsitz der Partei oder im Bezirk des erst- oder zweitinstanzlichen Gerichts ansässig ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 23. Januar 2004, 6 (11) Ta 426/03, Rechtsbeschwerde zugel.

### 513. Kostenfestsetzung, außerordentliche Beschwerde

Eine außerordentliche Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss ist nicht statthaft.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 9. Februar 2004, 17 Ta (Kost) 6004/04

### 514. Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist

1. Die Zustellung eines Urteils durch Einwurf in den Briefkasten löst den Fristbeginn für Berufung und Berufungsbegründung selbst dann aus, wenn der Betrieb an einem Sonnabend nicht geöffnet ist.

2. Zu den Sorgfaltspflichten einer Partei gehört es, bei Zustellungen auch den Briefumschlag und die auf ihm enthaltenen Daten zu beachten.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 30. Januar 2004, 2 Sa 2129/03

## Streitwert und Gebühren

### 515. Streitwert bei Änderungskündigungen

1. Der Streitwert der Änderungskündigung ist im Rahmen der Höchstgrenze des § 12 Abs. 7 S. 1 ArbGG unter individueller Abschätzung des der Klage zugrundeliegenden wirtschaftlichen Interesses zu bemessen. Als Ausgangspunkt kann im Allgemeinen die vierteljährliche Vergütungsdifferenz angesehen werden. Handelt es sich um einen nach der Lage des Falles unangemessen niedrigen Betrag, weil auch Gesichtspunkte des Prestiges und der Rehabilitation eine Rolle spielen, so ist die vierteljährliche Vergütungsdifferenz angemessen zu erhöhen.

2. Die gemäß §§ 9 Abs. 2 Satz 1 BRAGO, 25 Abs. 3 Satz 1 GKG

statthafte und innerhalb der Frist des § 25 Abs. 3 Satz 3, Abs. 2 Satz 3 GKG eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 1. ist auch im Übrigen zulässig. Hierbei wird davon ausgegangen, dass die Beteiligte zu 1. die Beschwerde in eigenem Namen, nicht jedoch im Namen des von ihr im Hauptsacheverfahren vertretenen Beteiligten zu 2 eingelegt hat. Denn andernfalls wäre nämlich die auf eine Erhöhung des Wertes gerichtete Beschwerde mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig.

3. Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Für die nach §§ 9 Abs. 2 BRAGO, 25 Abs. 2 GKG vorzunehmende Wertfestsetzung ist vorliegend gemäß §§ 1 Abs. 3, 12 Abs. 1 GKG von der Bestimmung des § 3 ZPO auszugehen, wonach das Gericht den Wert nach freiem Ermessen festzusetzen hat. Die angefochtene Wertfestsetzung bezüglich der Änderungskündigung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Allerdings hat sich der 7. Senat des Bundesarbeitsgericht in der von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheidung kritisch mit der Rechtsprechung der Instanzgerichte zur Bewertung der Änderungskündigung auseinander gesetzt und einen neuartigen Lösungsansatz gesucht. „Rechtsgrundlage für die Bemessung des Gebührenstreitwerts bei einer Änderungsschutzklage sind die §§ 12 ff. GKG, insbesondere § 17 Abs. 3 GKG i. V. m. § 3 ZPO. Hiernach ist grundsätzlich vom dreifachen Jahresbetrag des Wertes der Änderung auszugehen. Als Höchstgrenze sind die Regelungen in § 12 Abs. 7 Satz 1 und 2 ArbGG in der Weise entsprechend heranzuziehen, dass der Gebührenstreitwert keine der beiden dort genannten Grenzen überschreiten darf, sondern die niedrigere von beiden maßgeblich ist“ (BAG vom 23.03.1989, EzA § 12 ArbGG 1979 Streitwert Nr. 64 m. krit. Anm. v. Egon Schneider). Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden.

Die Bewertungsgrundlage kann nicht in § 17 Abs. 3 GKG gesehen werden. Diese Bewertungsnorm wird im Arbeitsgerichtsprozess durch § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG verdrängt. Es handelt sich hierbei nicht nur um die speziellere Regelung. Ihr ist auch in § 1 Abs. 3 GKG ausdrücklich der Vorrang eingeräumt worden. Nach § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG kann aber nach Auffassung des Beschwerdegerichts ebenso wenig verfahren werden. Die beschließende Kammer hat es von Ausnahmen abgesehen bisher abgelehnt, den Änderungsschutzprozess unter Beachtung des Höchstwerts des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG nach Maßgabe der Bewertungsnorm für Rechtsstreitigkeiten über wiederkehrende Leistungen zu bewerten. Die wenig überzeugenden Ergebnisse, die sich bei einer solchen Streitwertbemessung ergeben, sprechen von vornherein gegen eine solche Handhabung, wie sie die 8. Kammer des LAG-Hamm im Beschluss vom 21.11.1985, LAGE § 12 ArbGG 1979, Streitwert Nr. 43 näher dargelegt hat: „Bezweckt der Arbeitgeber mit der Änderungskündigung die Umwandlung eines Vollzeitverhältnisses in eine Halbtagsbeschäftigung, so bewendet es im Hinblick auf die Höchstgrenze des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG bei dem sechsfachen Betrag der monatlichen Vergütungsdifferenz. Zieht man die sonstigen in Frage kommenden Fälle in Betracht,



so tritt bei absinkendem Betrag der strittigen monatlichen Vergütungsdifferenz eine relative Steigerung des Streitwerts bis zum 36fachen Betrag der Monatsdifferenz ein. Der gegen Bezüge von 3.000,00 DM beschäftigte Arbeitnehmer muss im Änderungsschutzprozess, in dem es um die Streichung einer Zulage von 250,00 DM geht, denselben Streitwert gegen sich gelten lassen wie er bei einer vom Arbeitgeber angestrebten Umwandlung des Arbeitsplatzes in einer Halbtagsstelle in Frage käme (einerseits:  $36 \times 250,00 \text{ DM} = 9.000,00 \text{ DM}$ , andererseits  $36 \times 1.500,00 \text{ DM}$ , limitiert durch die Höchstgrenze des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG: 9.000,00 DM). Die in sich widersprüchlichen Ergebnisse lassen erkennen, dass der Lösungssatz den Gesichtspunkt der Gebührengerechtigkeit aus dem Blickfeld verliert.“

Der Gesetzeswortlaut lässt die Anwendung des § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG auf die Änderungsschutzklage der vorliegenden Art auch nicht zu. Die Vorschrift passt gar nicht. Es handelt sich bei der Änderungsschutzklage weder um die Ausurteilung wiederkehrender Leistungen noch um eine entsprechende gerichtliche Feststellung. Der Klageantrag geht nach § 4 Satz 2 KSchG auf die Feststellung, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist. Steht die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses auch aufgrund der Annahmeerklärung des Arbeitnehmers bereits fest, so bezweckt die Klage doch weiterhin die Durchsetzung des gesetzlichen Kündigungsschutzes, der bei der Änderungsschutzklage als Inhaltsschutz definiert wird (BAG vom 07.06.1973, EzA § 626 BGB n. F. Nr. 29 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung). Als Bewertungsgrundlage kommt nur § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG in Betracht. Die Bestimmung gilt seit dem Kostenrechtsänderungsgesetz vom 20.08.1975 für „die Wertberechnung bei Rechtsstreitigkeiten über (...) die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses“ und erfasst auch die Änderungskündigung. Die Vorschrift ist entgegen der Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz, das eine planwidrige Regelungslücke annimmt und nur auf dem Weg der Analogie zu ihrer Anwendung kommt (LAG Rheinland-Pfalz vom 25.10.1985, NZA 1986, 34), unmittelbar anzuwenden, wie die 8. Kammer des LAG Hamm im Beschluss vom 21.11.1985, LAGE § 12 ArbGG 1979 Streitwert Nr. 43 betont hat (ebenso *Egon Schneider*, Anm. zu BAG vom 24.03.1989, EzA § 12 ArbGG 1979 Nr. 64).

Methodische Bedenken stehen einer solchen Handhabung nicht entgegen. Die dahin zielenden Ausführungen des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts können nicht überzeugen. Dass der Bemessungsrahmen bis zum Vierteljahresentgelt reicht, hat auch für die Bewertung der Änderungskündigung Bedeutung, wenngleich es im Allgemeinen angemessen erscheinen wird, die Änderungskündigung niedriger als die Beendigungskündigung zu bewerten. Die Ausfüllung des Ermessensrahmens bestimmt sich nach § 3 ZPO. Dass § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG nach der hier vertretenen Auffassung einerseits als selbständige Bemessungsnorm anzusehen wäre, andererseits aber bei der Änderungsschutzklage durch Fest-

legung einer unzulässigen Streitwertuntergrenze missachtet würde, trifft nicht zu. Die 8. Kammer des LAG Hamm hat von jeher betont, dass § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG nur eine Obergrenze festlegt und die Vorschrift des § 3 ZPO im Übrigen unberührt lässt (Beschluss vom 11.06.1970, AP Nr. 19 zu § 12 ArbGG; siehe *Wenzel*, EzA Anm. zu § 12 ArbGG, Streitwert Nr. 6).

Im Ergebnis bleibt die Kammer bei ihrer Auffassung, dass der Streitwert der Änderungsschutzklage im Rahmen der Höchstgrenze des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG unter individueller Abschätzung des der Klage zugrunde liegenden wirtschaftlichen Interesses zu bemessen ist. Als Ausgangspunkt kann im Allgemeinen die vierteljährliche Vergütungsdifferenz angesehen werden. Handelt es sich um einen nach der Lage des Falles unangemessenen niedrigen Betrag, weil auch Gesichtspunkte des Prestiges und der Rehabilitation eine Rolle spielen, so ist die vierteljährliche Vergütungsdifferenz angemessen zu erhöhen (LAG Hamm vom 15.06.1982, EzA § 12 ArbGG 1979, Streitwert Nr. 14 = MDR 1982, 876 = *AR-Blattei* Arbeitsgerichtsbarkeit XIII Entscheidung Nr. 127 = DB 1982, 1680 L = BB 1982, 167 L; vom 21.11.1985, LAGE § 12 ArbGG 1979, Streitwert Nr. 43 = BB 1986, 186 L = DB 1986, 1344 L, ständige Rechtsprechung; *KR-Friedrich*, 6. Aufl., § 4 KSchG Rn 292, *Hillach/Rohs*, Handbuch des Streitwerts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 7. Aufl., S. 423; *Müller/Bauer*, Der Anwalt vor den Arbeitsgerichten, 3. Aufl., S. 194; *KR-Rost*, § 2 KSchG Rn 175; *Egon Schneider* a. a. O.; *Wenzel*, MDR 1969, 968 [976]; DB 1977, 722 [726].

Auf dieser Grundlage kann der vom Arbeitsgericht Leipzig festgesetzte Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit für das Verfahren auf insgesamt 6.856,00 Euro nicht beanstandet werden. Die vierteljährliche Vergütungsdifferenz betrug vorliegend unstreitig 857,00 Euro. Bei diesem Betrag musste es auch sein Bewenden haben, da die Änderungskündigung einen bedeutenden Abstieg in der betrieblichen Hierarchie nicht bewirken sollte. Vorliegend hat der Kläger das Angebot der Beklagten nach § 2 KSchG unter dem Vorbehalt angenommen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist. Das Arbeitsverhältnis dauert somit fort. Die Klage muss sich auf die Frage der sozialen Rechtfertigung der umstrittenen Vertragsänderung beschränken. In diesem Fall ist die Streitwertbemessung nach dem dreifachen Monatsbetrag der mit der Änderungskündigung bezweckten Verdienstminderung zu bewerten (vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz in NZA 1986, 34). Ob etwas anders dann zu gelten hat, wenn es mit der Vergütungsminderung auch um Gesichtspunkte des Prestiges und der Rehabilitation geht, wie dies z. B. bei einer mit der Verdienstminderung einhergehenden Veränderung der Arbeitsbedingungen sein kann, kann hier dahinstehen. Unstreitig sind alle Arbeitsbedingungen mit Ausnahme der Absenkung der Vergütung einschließlich der Kürzung der Fahrtkosten unverändert geblieben. Dann kann aber nur auf die Vergütungsdifferenz abgestellt werden.

Eine Änderung der Rechtsprechung der 4. Kammer des Sächsi-

## Streitwert und Gebühren

schen Landesarbeitsgerichts zu der Gegenstandswertbemessung bei Änderungskündigungen ist entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1./Klägervertreterin hier nicht gegeben.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausführt, ging es in dem von der Klägervertreterin zitierten Beschluss des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 28.04.2003 – 4 Ta 93/03 – entschiedenen Streitfall um die Umwandlung eines Vollarbeitszeitverhältnisses in ein altes Teilzeitarbeitsverhältnis. Dieser Beschluss ist vorliegend jedoch nicht einschlägig, weil vorliegend eine Änderungsschutzklage und eine Teilkündigung Verfahrensgegenstand sind und die 4. Kammer in dem hier streitgegenständlichen Fall der Vergütungsreduzierung an seiner bisherigen Rechtsprechung zu der Gegenstandswertfestsetzung zu Änderungsschutzklagen betreffend der Vergütungsreduzierung festhält.

Auch die Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 15.12.2003 – 4 Ta 277/03–5 –, in der es um eine Stundenaufstockung der reduzierten monatlichen Arbeitsstunden ging, ist vorliegend ebenfalls nicht einschlägig, da sich jene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts gerade mit der Gestaltung (Höhe) der Arbeitszeit befasst hat und nicht, wie hier, mit der Reduzierung der Vergütung im Wege der Änderungskündigung.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 29. März 2004, 4 Ta 33/04–10, rkr.  
eingereicht von Rechtsanwältin Sabine Wagner, Feigstraße 03, 01917 Kamenz, Tel.: 03578/3877–0, Fax: 03578(3877–27, E-mail: RAinGWagner@t-online.de, www.ra-wagner-maak.de

### 516. Streitwert, Verlangen des Arbeitnehmers nach Arbeitsaufstockung (§ 9 TzBfG)

Der Streit der Parteien über ein Verlangen des Arbeitnehmers nach § 9 TzBfG ist nach den Grundsätzen zu bewerten, die für Änderungsschutzverfahren gelten.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 9. März 2004, 17 Ta (Kost) 6006/03

### 517. Streitwert, Beschäftigungsklage

Der Wert einer Klage auf tatsächliche Beschäftigung bestimmt sich regelmäßig nach der Höhe eines Bruttomonatsverdienstes. Eine Erhöhung dieses Wertes kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an der begehrten Beschäftigung geltend macht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 18. November 2003, 17 Ta (Kost) 6116/03

### 518. Streitwertaddition bei Weiterbeschäftigungsantrag als uneigentlicher Hilfsantrag

Der uneigentliche Hilfsantrag ist kein Hilfsantrag im Sinne des § 19 Abs. I GKG, sodass unabhängig von der Antragsfassung eine Streitwertaddition zu erfolgen hat.

Ein Hilfsantrag liegt vor, wenn der Klägerin Hauptbegehren stellt und nur für den Fall, dass der Hauptantrag unzulässig

oder unbegründet ist, hilfsweise einen weiteren Antrag ankündigt. Kennzeichnend für den Hilfsantrag ist damit, dass von zwei möglichen Ansprüchen des Klägers nur einer entsprechend dem Klagebegehren zum Erfolg führen soll. Diese Konstellation ist beim uneigentlichen Hilfsantrag nicht gegeben. Der uneigentliche Hilfsantrag zeichnet sich dadurch aus, dass ein Obsiegen mit dem zweiten Antrag (Beschäftigung) nur möglich ist, wenn auch das erstrangig gestellte Begehren, Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung, erfolgreich ist. Wenn der Kläger dann in der Antragsfassung klarstellt, dass über den Beschäftigungsantrag nur entschieden werden soll, wenn auch der Kündigungsschutzantrag Erfolg hat, stellt er damit kein prozessuales Eventualverhältnis her. Er kennzeichnet durch die Antragsfassung lediglich die materiell-rechtliche Abhängigkeit beider Ansprüche voneinander. Im Gegensatz zum Hilfsantrag beschränkt sich der Kläger nicht darauf, von zwei möglichen Ansprüchen nur einen durchsetzen zu wollen, er will vielmehr von vornherein mit beiden Anträgen Erfolg haben. Es liegt eine kumulative Klagehäufung vor und nicht ein Verhältnis von Haupt- zu Hilfsantrag, wie es § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG voraussetzt. Für eine einschränkende Interpretation des § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG spricht im Übrigen, dass diese Vorschrift den Streitwert der Höhe nach begrenzt und deshalb als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist. Eine entsprechende Anwendung auf Fälle der kumulativen Klagehäufung kommt nicht in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 25. Mai 2004, 13 Sa 1989/03, Revision zugelassen  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistaße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563–33, Fax: 0511/21555–43

### 519. Streitwert, Haupt- und Hilfsantrag

Der Wert des Streitgegenstandes bemisst sich grundsätzlich durch die Addition von Haupt- und Hilfsantrag, auch wenn das Verfahren durch Vergleich erledigt ist (§ 19 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 GKG).

■ Arbeitsgericht Nürnberg  
vom 27. Februar 2004, 3 Ca 9457/03 A

### 520. Streitwert, Bewertung eines Hilfsantrages bei Vergleich

Der Wert eines durch Vergleich erledigten Hilfsantrages ist nicht nur bei der Festsetzung des Vergleichswertes, sondern auch bei der Festsetzung des Streitwertes zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 9. März 2004, 17 Ta (Kost) 6010/03

### 521. Kein überschießender Vergleichswert bei Freistellungsvereinbarung

Wird mit der Freistellungsvereinbarung in einem den Kündigungsrechtsstreit beendenden Vergleich kein zuvor geführter Streit der Parteien über die Beschäftigung bzw. Entgeltzah-

lung einer Nichtbeschäftigung während der Kündigungsfrist beigelegt, ist es nicht ermessensfehlerhaft, wenn das Arbeitsgericht diesbezüglich keinen überschießenden Vergleichswert festsetzt.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 27. November 2003, 9 Ta 154/03

### 522. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeit bei Freistellung von Wahlvorstandsmitgliedern, Begriff „Lage des Falles“

Bei der Festsetzung des Gegenstandswerts in einem Beschwerdeverfahren, das die Freistellung von Wahlvorstandsmitgliedern betrifft, ist grundsätzlich gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz BRAGO der Regelwert von 4.000,00 Euro maßgeblich. Abweichungen „nach Lage des Falles“ können sich insbesondere aus dessen rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeit sowie dem Arbeitsaufwand des Rechtsanwalts ergeben.

Nach dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 8 Abs. 1 Satz 2 BRAGO ist davon auszugehen, dass für nichtvermögensrechtliche Gegenstände der nach § 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz BRAGO anzunehmende Wert vom 4.000,00 Euro ein Regelwert ist, der auch einen höheren oder niedrigeren Wert zulässt, nicht jedoch ein Hilfswert.

Dass in § 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz BRAGO der Regelwert von 4.000,00 Euro nach Lage des Falles höher oder niedriger angenommen werden kann, beinhaltet nicht, dass wirtschaftliche Auswirkungen des Gegenstands, d. h. vorliegend der Freistellungsanspruch des Beteiligten zu 2., berücksichtigt werden können.

Unter den Begriff „nach Lage des Falles“ fallen sämtliche Umstände des Einzelfalles, insbesondere Umfang und Bedeutung der Sache, tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten, Verfahrensdauer, zeitlicher Aufwand der Prozessbevollmächtigten (LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 20.02.1998, 2 Ta 32/98; Beschluss vom 26.06.2000, 3 Ta 68/00). Bei der Bewertung nach diesen Kriterien ist nicht zu berücksichtigen, dass in Verfahren der vorliegenden Art für den Arbeitgeber vielfach erhebliche wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel stehen und die arbeitsgerichtliche Entscheidung Auswirkungen auf die Kostenstruktur des Betriebes hat. In dem Beschlussverfahren über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats geht es nicht darum, wirtschaftliche Interessen zu verfolgen, sondern allein um die Teilhabe des Betriebsrats daran, das betriebliche Geschehen mitzugestalten. Die bloße Reflexwirkung eines solchen Beteiligungsverfahrens zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat auf vermögensrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen, die sich aus den individualrechtlichen Arbeitsverhältnissen ergeben mögen, führt nicht dazu, dass sich der Gegenstandswert der kollektiven Beteiligungsverfahren nach diesen Vermögensinteressen richtet. Für nichtvermögensrechtliche Gegenstände enthält § 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz BRAGO eine spezielle Regelung, die von der Regelung für vermögens-

rechtliche Gegenstände im Halbsatz 1 deutlich abgesetzt ist. Nur wenn sich bei vermögensrechtlichen Gegenständen keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Schätzung ergeben, ist der Gegenstandswert grundsätzlich mit 4.000,00 Euro anzunehmen. Das Letztere soll auch für nichtvermögensrechtliche Gegenstände gelten. Diese besondere Aufführung der nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit im zweiten Halbsatz wäre überflüssig, wenn diese Gegenstände bereits vom ersten Halbsatz erfasst wären – so LAG Thüringen, Beschluss vom 21.01.1997, LAGE Nr. 34 zu § 8 BRAGO (unter II 2 a, b) –.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 17. Mai 2004, 4 Ta 131/04 (8), rkr.  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462–0, Fax: 0341/98462–24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

### 523. Kostentragung des Rechtsanwalts im Streitwertbeschwerdeverfahren

1. Der Rechtsanwalt, der nach durchgeführtem Beschlussverfahren gegen die Streitwertfestsetzung des Gerichts Beschwerde einlegt, ist in dem Beschwerdeverfahren selbst Beschwerdeführer und hat die daraus entstehenden Kosten zu tragen.

2. Darüber hinaus ist anzuführen, dass der Erinnerungsführer bereits im Ansatz seiner Ausführungen irrt. Zu Recht stellt er fest, dass das Beschlussverfahren kostenfrei ist, § 2 Abs. 5 ArbGG, und es damit keines Streitwerts bedarf. Dadurch entsteht aber keine Regelungslücke, wie der Erinnerungsführer meint, sondern vielmehr ist genau für diesen Fall eine Ersatznorm geschaffen, nämlich § 10 BRAGO, nach der der Rechtsanwalt in Verfahren, in denen kein Streitwert existiert, einen eigenen Gebührenwert durch das Gericht festsetzen lassen kann. Und diese Vorschrift – und nur diese – kann und wurde hier angewendet. Und nach dieser ist das Beschwerdeverfahren eben gerade nicht gebührenbefreit. Und dies aus gutem Grund. Denn der Rechtsanwalt kann nur zu seinem eigenen Vorteil Beschwerde gegen die Festsetzung des Gebührenwertes einlegen (würde er eine Minderung beantragen, so fehlte es der Beschwerde am Rechtsschutzbedürfnis). Hat er aber ein eigenes Interesse an der Beschwerde, so ist es nur gerecht, dass er dann als Unterlegener auch die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Somit kann zusammenfassend festgestellt werden: Die Kostenrechnung basiert auf der nicht existierenden Gebührenfreiheit des Beschwerdeverfahrens gemäß § 10 BRAGO; daran ist der Kostenbeamte gebunden. Eine Verfassungswidrigkeit dieser Norm ist nicht erkennbar, weshalb das erkennende Gericht von einer Vorlage an das BVerfG abgesehen hat.

Die hier vertretene Auffassung, dass das Beschwerdeverfahren gemäß § 10 BRAGO gerade nicht gebührenfrei ist, entspricht auch der ständigen Rechtsprechung der 4. Kammer des Sächsischen Landesarbeitsgerichts (vgl. Beschlüsse vom

## Streitwert und Gebühren

05.09./11.11.2003 – 4 Ta 106/03 – sowie vom 25.08.2004 – 4 Ta 131/04).

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht vom 6. Oktober 2004, 4 Ta 131/04 (8)-2 eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: 0341/98462-24, E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

### **Anmerkung:**

Das Problem ist nach neuem RVG wohl nun zu Gunsten des Anwalts gelöst: Gemäß § 33 Abs. 9 RVG ist das Verfahren über den Wertantrag gebührenfrei. Kosten werden grundsätzlich nicht erstattet. Dies gilt auch im Verfahren über die Beschwerde. (*gr*)



## Rezeptionen

Klaus Adomeit

### **Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht, Eine Reform im Kampf gegen Widerstände**

Olzog Verlag München 2004, 132 Seiten, 20,00 Euro  
ISBN 3-7892-8142-5

Dieses unbedingt lesenswerte Buch, ohne dass man sich nicht wirklich sachgerecht an der Diskussion über die 2010 beteiligen kann, wenn man nicht gerade ein besonderer Spezialist ist, haben wir in AE 3/2004 besprochen. Leider ist im Verlag der notwendige Hinweis auf die Buchbesprechungen im Inhaltsverzeichnis unterblieben. Nehmen Sie also bitte noch einmal das Heft 3/2004 in die Hand, um sich über dieses inhaltlich wie literarisch lesenswerte Buch, das durchaus auf den Gabentisch gehört, zu unterrichten.

Dr. Peter Wickler (Hrsg.)

### **Handbuch Mobbing-Rechtsschutz**

C.F. Müller-Verlag 2004, 454 Seiten, 59,80 Euro  
ISBN 3-8114-1856-4

Auch für dieses Werk gilt, dass die Kenntnisnahme wegen des fehlenden Hinweises im Inhaltsverzeichnis des Heftes 3/2004 möglicherweise untergegangen ist. Das hat auch dieses Buch nicht verdient, das das Zeug hat, sich zu einem Standardwerk für das Mobbingrecht zu entwickeln. Also nochmals unsere herzliche Bitte: Greifen Sie zum Heft AE 3/2004 und lesen Sie die Seiten 210/211.

Bader/Hohmann/Klein

### **Die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter beim Arbeits- und Sozialgericht**

C.F. Müller-Verlag, 11. Aufl. 2004, 211 Seiten, 29,80 Euro  
ISBN 3-81114-1857-2

Als Arbeitsrechtsanwalt wird man von den Mandanten in Ansehung der Verhandlungssituation oft danach gefragt, wer denn die anderen Personen hinter dem Richtertisch seien, die keine Robe tragen. Auf erste Erläuterungen folgt dann die Nachfrage, wie wird man ein solcher ehrenamtlicher Richter und welche Rechte sind mit diesem Amt verbunden. Der Hinweis, die „Laien“ hinter dem Richtertisch hätten das gleiche Stimmrecht wie ein „Profi“, wird nicht selten mit Erstaunen zur Kenntnis genommen. Dennoch fühlt man sich bei seinen Auskünften oft selbst nicht so recht als Profi, denn mehr als diese grundlegenden Auskünfte vermag man nicht zu geben. Wer hier zukünftig besser vorbereitet sein will, dem ist das oben genannte Buch zu empfehlen. Die Empfehlung gilt aber

auch für den Profi selbst in seiner Amtsausübung, denn die Rechte und Pflichten eines ehrenamtlichen Richter sind mit der Gleichberechtigung keineswegs erschöpfend beantwortet. Denn an welchen Verfahren und welchen Entscheidungen nehmen die ehrenamtlichen Richter wirklich teil, welches Fragegerecht haben sie, wie haben sie sich in der Verhandlung zu verhalten, wie werden sie ausgewählt und wie den einzelnen Kammern zugewiesen, sind Fragen, die durchaus von verfahrensrechtlicher Bedeutung sein können für das eigene Agieren vor Gericht. Über die Rolle der Mehrheit der Richterpersonen des ersten und zweiten Rechtszuges sollte man schon genau Bescheid wissen. Dabei ist das genannte Buch hilfreich. In praktikabler Kürze aber doch hinreichend detailliert informiert es u. a. über die Abgrenzung der Befugnisse zwischen den ehrenamtlichen Richtern und den Berufsrichtern, ihre Beteiligung an der Beweisaufnahme, bei der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ebenso wie rund um das Urteil und im Rahmen der Entscheidung über Rechtsmittel.

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Jobst-Hubertus Bauer

### **Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge**

Verlag C.H. Beck, 7. Aufl. 2004, 725 Seiten, 50,00 Euro  
ISBN 3-406-51494-4

Aufhebungsverträge, ja gibt's die denn überhaupt noch trotz der erheblichen Verschärfung der sozialversicherungsrechtlichen Folgen, und kann man darüber 725 Seiten schreiben?

Beide Fragen sind mit einem deutlichen „ja“ zu beantworten. Nach wie vor gibt es eine Vielzahl von Arbeitnehmern, die Wert darauf legen, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht durch eine Kündigung endet und für die die damit verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Folgen nachrangig sind. Kennen muss man diese Folgen aber, wenn man richtig beraten will, den Aufhebungsvertrag also unter arbeits-, gesellschafts-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht.

Schon die Frage, ob es denn in der gegebenen Situation und aus welchen Gründen sinnvoll ist, sich nicht auf eine gerichtliche Auseinandersetzung einzulassen, sondern den Weg der einvernehmlichen Beendigung zu gehen, bedarf der gründlichen Abwägung der Folgen, die im gegebenen Einzelfall für die eine oder andere Seite mit einer streitigen Auseinandersetzung verbunden sind, gegen die Vor- aber auch Nachteile, die ein Aufhebungsvertrag mit sich bringt. Gerade hier liegt der Schwerpunkt und der besondere Wert des Handbuchs. Es stellt deshalb auch die kündigungsschutzrechtlichen Spielregeln intensiver dar, als der Titel des Buches vermuten lässt. Nur wenn Klarheit über die Chancen und Risiken einer einsei-

tigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen, können verantwortungsvoll die Bedingungen für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge ausgelotet werden.

Wer das bedenkt, den wundert der Umfang des Buches nicht mehr, sondern er ist dankbar darüber, wenn es ihm aufgrund der Lektüre des Buches gelingt, dass die Entscheidung pro oder contra Aufhebungsvertrag kein bitteres Nachspiel auslöst. Deswegen ist kein Wort der Kapitel über die allgemeinen Bemerkungen zum Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag (223 Seiten), des Einflusses des Kündigungsschutzes auf den Aufhebungsvertrag (305 Seiten), der Besonderheiten beim Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern oder gar über die steuerliche Optimierung (112 Seiten) und schon gar nicht über die sozialversicherungsrechtlichen Probleme (158 Seiten) überflüssig. Insbesondere auch auf die Erstattungspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitslosengeldes beim Ausscheiden älterer Arbeitnehmer kann man gar nicht oft genug und nicht ausführlich genug hinweisen. Etwas mühsam ist das Auffinden der einzelnen Themen dadurch, dass die Seitenzahlen für jedes Kapitel neu beginnen, aber das mindert den inhaltlichen Wert des Buches natürlich in keiner Weise.

Auch wenn das Arbeitsleben betreffende Gesetze in unserem Land inzwischen nur noch eine unerträglich kurze Halbwertszeit haben, weswegen die Neuauflage des Handbuches sehnlichst erwartet wurde und man seine Aktualität stets anhand der neuesten Gesetzeslage überprüfen muss, was dem Autor nun wahrlich nicht anzulasten ist, ist dieses Buch ein wichtiges Informationsmittel für die Anwaltstätigkeit, nicht nur, wenn man konkret einen Aufhebungsvertrag zu formulieren hat, sondern für das gesamte taktische anwaltliche Verhalten im Zusammenhang mit Bestandsstreitigkeiten.

*Dr. Hans-Georg Meier*  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann  
**Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht,**  
Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl., 1069 Seiten, Lexikon-Format, gebunden, 109,00 Euro  
ISBN 3-504-42632-2

Die Neuauflage des Anwalts-Formularbuchs Arbeitsrecht besteht aus sechs Teilen (Individualarbeitsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Tarifrecht und Arbeitskampf, Mitbestimmungsrecht, Arbeitsgerichtsverfahren und Betriebsübergang), wovon das Individualarbeitsrecht und das Betriebsverfassungsrecht den größten Raum einnehmen, was aber nicht bedeuten soll, dass die anderen Bereiche etwa vernachlässigt würden. Der Umfang der erforderlichen Formulare ist eben nur geringer.

Die Erwartungen, die der Umfang des Werkes auslöst, werden nicht enttäuscht. Nahezu jeder Streitfall, der in der Praxis

von nicht völlig unbedeutender Relevanz ist, findet in diesem Formularbuch seinen Niederschlag. Sogar zur Klage auf Mobbing haben die Autoren einen praktikablen Formulierungsvorschlag und auch die nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts schwieriger gewordene Klage auf künftige Vergütung hat einen ebenso praktikabel knappen wie vernünftigen Klagevorschlag ausgelöst. Alle Muster sind ausführlich erläutert worden nach Für und Wider, so dass während der Bearbeitung auch Alternativen zu einem möglicherweise zunächst geplanten aber nicht gangbaren Weg aufgezeigt werden.

Wie heute üblich sind alle Muster und Formulare auf einer beigefügten CD enthalten, so dass auch die reine bürotechnische Verarbeitung erleichtert wird.

Besonders hervorzuheben sind die vielen Muster zum Mitbestimmungsrecht, vor allem die Muster zu Betriebsvereinbarungen. Hier können die Autoren zwar nicht leugnen, dass sie aus dem Arbeitgeberlager stammen, was die wissenschaftliche Vollständigkeit ihrer Erläuterungen jedoch in keiner Weise beeinträchtigt, seinen Niederschlag vor allen Dingen in der Straffheit der Mustervorschläge und ihrer Praktikabilität im Betriebsablauf findet. Diese Praktikabilität ist es, die das Buch trotz seines Umfangs kennzeichnet: knappe aber vollständige Darstellung, rascher Zugriff auf das gerade benötigte Muster zum Thema, Vielfalt ohne Aufblähung (durch sich stark ähnelnde Muster, bei denen man mühsam den Unterschied in den Varianten erst ermitteln muss), mit anderen Worten, ein rundum empfehlenswertes Buch.

*Dr. Hans-Georg Meier*  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Hans-Jürgen Dörner  
**Der befristete Arbeitsvertrag (Effektives Arbeits- und Sozialrecht),**  
Verlag C.H. Beck, München 2004, 406 Seiten, gebunden, 45,00 Euro  
ISBN-3-406-50390-X.

Nachdem es seit der Leitentscheidung des Großen Senats des BAG vom 12. Oktober 1960 in den folgenden vier Jahrzehnten überwiegend der Rechtsprechung überlassen blieb, die Voraussetzungen für die Wirksamkeit von befristeten Arbeitsverträgen zu bestimmen, hat der Gesetzgeber sich dann insbesondere mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz dieser Problematik angenommen. Die Streitigkeiten im Zusammenhang mit befristeten Arbeitsverhältnissen sind deshalb aber nicht weniger geworden. Dies liegt nicht nur an missglückten Regelungen, wie beispielsweise dem § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wonach sachgrundlose Befristungen stets unzulässig sind, wenn zuvor jemals zwischen den Parteien ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand, sondern auch an verfassungsrechtlich bedenklichen Bestimmungen wie dem

§ 14 Abs. 3 TzBfG, dem gemäß mit älteren Arbeitnehmern unbegrenzt sachgrundlose Befristungen geschlossen werden können. Hinzu kommen für den Rechtsanwender auch formale Fallstricke, da er beispielsweise peinlichst genau darauf zu achten hat, eine Verlängerung eines sachgrundlosen befristeten Arbeitsvertrages vor dessen Ablauf zu vereinbaren, wobei dieser jedoch keine inhaltliche Abweichung erfahren darf.

Mit dem Buch „Der befristete Arbeitsvertrag“ liegt nun eine umfassende systematische Darstellung des Befristungsrechts vor, das zudem den unschlagbaren Vorteil hat, aus der Feder des Mannes zu stammen, der als Vorsitzender Richter dem 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts vorsteht, jenem Senat also, der zuständigkeithalber über die Wirksamkeit von befristeten Arbeitsverträgen höchststrichterlich zu entscheiden hat. Der Praktiker wird sich deshalb in dem Kompendium gern Rat holen, auch zu den Fragen, die von Instanzgerichten unterschiedlich beurteilt werden oder zu denen bislang noch keine Entscheidungen vorliegen.

Das Werk beginnt mit zwei kurzen und prägnanten Einführungskapiteln zu den Grundlagen und Grundbegriffen des Befristungsrechts. Anschließend wird in einem weiteren Kapitel der richterliche Kontrollmaßstab bei der Überprüfung von befristeten Arbeitsverträgen instruktiv vorgestellt.

Sodann widmet sich Dörner schwerpunktmäßig den einzelnen Befristungstatbeständen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sowie den Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung von Arbeitsverhältnissen. Darüber hinaus werden aber auch die Befristungsnormen in anderen Gesetzen (z. B. Bundeserziehungsgesetz oder Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in Weiterbildung) oder nach dem Bundesangestelltentarifvertrag erörtert. Breiten Raum nehmen dabei insbesondere die Befristungsmöglichkeiten nach dem im Februar 2002 neu gefassten Hochschulrahmengesetz ein.

Die einzelnen Sachgründe werden systematisch vorgestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei scheut sich der Autor nicht, zum Beispiel die in den Bühnentarifverträgen undifferenziert zugelassene Möglichkeit der Befristung von Arbeitsverhältnissen mit den in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmern als nicht rechtens zu bezeichnen, auch wenn dies bislang in der Rechtsprechung – auch des BAG – überwiegend anders bewertet wurde.

Die letzten drei Abschnitte befassen sich mit den Beteiligungsrechten des Betriebs- und Personalrates, den Rechtsfolgen wirksamer und unwirksamer Befristungen sowie prozessrechtlichen Fragen. Für die Beratungspraxis sind dabei insbesondere die Erläuterungen zur Darlegungs- und Beweislast von Nutzen. Äußerst hilfreich ist zudem auch, dass bereits die Neuregelung in § 14 Abs. 2 a TzBfG kommentiert wird.

Ergänzt wird das Werk durch ein ausführliches Stichwortverzeichnis sowie im Anhang mit einer kleinen Gesetzessammlung zum Befristungsrecht, die unter anderem die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG enthält.

Dörner ist es mit seinem Buch nicht nur geglückt, eine Markt-

lücke zu finden, sondern auch sie gleich wieder zu schließen. Der im Arbeitsrecht tätige Rechtsanwalt darf sich also über ein umfassendes Kompendium zum Befristungsrecht aus erster Hand freuen.

*Dr. Gisbert Seidemann  
Rechtsanwalt, Berlin*

Fiebig/Gallner/Griebeling/Mestwerdt/Nägele/Pfeiffer,  
**Kündigungsschutzgesetz – Handkommentar**

Nomos Verlag, Baden-Baden, 2. Auflage 2004, 59,00 Euro  
ISBN 3-8329-0246-5

Bereits die erste Auflage des Kündigungsschutzrecht-Kommentars von *Fiebig/Gallner/Pfeiffer* im Jahre 2000 wurde zu Recht als Bereicherung des literarischen Angebots begrüßt und überzeugte durch überlegte Gliederung, präzise und verlässliche Darstellung der Rechtsprechung und praxisgerechte Aufarbeitung neuralgischer Fragestellungen.

Mit der im Frühjahr 2004 erschienen zweiten Auflage schreiben die Autoren ihr Konzept fort und ergänzen die Kommentierungen sinnvoll in Randbereichen des Bestandsschutzes, beispielsweise zu den §§ 613a, 620 bis 626 BGB, § 102 BetrVG, §§ 85 ff SchwbG und §§ 14 ff TzBfG.

Der Kommentar eröffnet durch gelungene Gliederung und aussagekräftige Inhaltsverzeichnisse zunächst einen schnellen Zugang zur Materie. Wo zur Vermeidung von Wiederholungen Vertiefungen ausbleiben, wird der Leser nicht im Stich gelassen, sondern mittels Fußnoten weitergeführt. Ein wenig Aufmerksamkeit erfordert die parallele, teilweise ineinander verschränkte Darstellung von alter und neuer Rechtslage infolge der umfangreichen Änderungen durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt.

Soweit dabei neue Rechtsfragen anzusprechen waren, die noch nicht durch die Rechtsprechung abgesichert sind, entwickeln die Autoren überzeugend begründete Lösungen. Beispielhaft genannt sei die Einstufung einer mit zu kurzer Kündigungsfrist ausgesprochenen Kündigung als rechtsunwirksame Kündigung im Sinne der §§ 4 Satz 1, 13 Abs. 3 KSchG – mit der Folge, dass auch diese Kündigung innerhalb der Drei-Wochen-Frist angegriffen werden muss, soll sie das Arbeitsverhältnis nicht mit dem in ihr angeführten Datum beenden.

Insgesamt erweist sich die Sachdarstellung als knapp, aber hinreichend detailliert und auf der Höhe der Zeit. Nachweise ermöglichen jederzeit den Gang in die Tiefe, ohne dass die Klarheit der Kommentierung selbst durch ausufernde theoretische Exkurse getrübt würde.

Ein besonderer Vorzug des Werkes besteht in der praxisgeleiteten und übersichtlichen Aufarbeitung von prozeduralen Rechtsanwendungsproblemen, sei es etwa die Passivlegitimation im Zuge tatsächlicher oder vermuteter Betriebsübergänge, die geeignete Antragstellung für Entfristungsklagen

oder die Darstellung der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren bei Vorliegen einer Namensliste im Sinne von § 1 Abs. 5 KSchG. Ebenfalls hilfreich sind, gerade auch für die anwaltliche Praxis, durch Rechtsprechungsnachweise abgesicherte Formulierungsvorschläge für vertragliche Vereinbarungen, beispielsweise Ausgleichsquittungen.

Immer wieder fällt positiv auf, dass der Kommentar gleichsam nebenbei vielfältig Arbeitshilfen gibt und Lösungsvorschläge unterbreitet. Damit geht er über viele andere Kommentierungen hinaus, die sich in der rein deskriptiven Darstellung erschöpfen. Dem Augenmaß und der Erfahrung der Bearbeiter ist es zu verdanken, dass die Arbeitshilfen im rechten Maß und an rechter Stelle eingeflochten sind, ohne den Gang der Darstellung zu beeinträchtigen.

Das Werk löst deshalb auch in seiner zweiten Auflage nicht nur den selbstgesetzten Anspruch ein, eine „interessensneutrale Darstellung auf dem neuesten Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung“ zu liefern, sondern erweist sich als ausgesprochen hilfreicher und empfehlenswerter Begleiter für die tägliche Praxis.

*Dr. Thomas Baumgarten*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Otto-Rudolph Kissel

**Arbeitskampfrecht** (Leitfaden)

Verlag C.H. Beck, München, 1088 Seiten, gebunden, 138,00 Euro

ISBN 3-406-49339-4

Das Arbeitskampfrecht ist eine einzigartige Rechtsmaterie: Es regelt Sachverhalte, die für die kampfführenden Parteien aber auch für nicht am Kampf beteiligte Dritte immense Schäden zur Folge haben kann. Dessen ungeachtet hat sich hier der Gesetzgeber Zurückhaltung auferlegt. Es fehlen gesetzliche Regelungen. Es ursprünglich als Last beklagend, hat insbesondere das Bundesarbeitsgericht mit zunehmender Lust den vom Gesetzgeber überlassenen Freiraum ausgefüllt. Das von der Judikatur fallweise errichtete System ist naturgemäß nicht aus einem Guss. Ein Schlingerkurs ließ sich nicht immer vermeiden. Ein Handbuch, das die Rechtsmaterie übersichtlich und umfassend darstellt, stößt bei Betroffenen und deren Beratern auf großes Interesse; – insbesondere wenn es aus der Feder eines früheren BAG-Präsidenten stammt, der das Arbeitskampfrecht maßgebend mitgestaltet hat.

Es gelingt dem Autor, alle das Arbeitskampfrecht betreffende Fragen knapp und dennoch umfassend und überzeugend zu bearbeiten. Kein Satz erscheint zu viel. Das ist ein Kompliment, wenn man bedenkt, dass das Werk mehr als 1000 Seiten umfasst.

Das Werk gliedert sich in 13 Abschnitte und 80 Paragraphen. Es beginnt mit einem kurzen historischen Rückblick und setzt sich dann mit den Grundlagen des Arbeitskampfrechts ausein-

ander: der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie. Hieran schließt sich die Darstellung des Arbeitskampfrechts im engeren Sinne.

Interessant ist, dass sich der ehemalige Vorsitzende des für das Arbeitskampfrecht zuständigen ersten Senats und Präsident des BAG zum Teil auch bei gewichtigen Fragen den Kritikern des BAG anschließt. Dies ist beispielsweise bei der sogenannten Aussperrungsarithmetik der Fall. Hier bleibt allerdings einiges im Unklaren, wenn er ausführt, „die Quoten mögen für einen „normalen (?)“ Flächenstreik allenfalls eine Orientierung sein (...)“. Dies ist missverständlich, da ja nach der „Aussperrungsarithmetik“ Aussperrungen nur dann zulässig sein sollen, wenn sie sich gegen Schwerpunktstreiks richten, die den „konkurrenzbedingten Interessenskonflikt“ im Arbeitgeberlager verschärfen. Gegen Flächenstreiks, an denen sich die Hälfte und mehr der vom umkämpften Tarifvertrag betroffenen Arbeitnehmer beteiligen, sollte nach der Rechtsprechung eine Aussperrung gar nicht zulässig sein. Die Frage nach der Höhe der Aussperrungsquote stellt sich hier also überhaupt nicht.

Zurecht verweist der Autor, dass sich das BAG in seiner Entscheidung vom 12. März 1985 von der Quotenrechtsprechung distanziert hat. Er verschweigt, dass sich das BAG am 12. März 1985 mit derselben Aussperrung auseinander zu setzen hatte, bei deren Beurteilung es am 10. Juni 1980 die Quotenrechtsprechung entwickelt hatte. Weil das BAG im Juni 1980 den der in Frage stehenden Aussperrung zugrundeliegenden Beschluss nicht oder nicht richtig gelesen hatte, war es von einer unbeschränkten Aussperrung ausgegangen und hat sie als unverhältnismäßig bezeichnet. Tatsächlich beschränkte sich der Aussperrungsbeschluss aber lediglich auf einen Teil der von dem umkämpften Tarifvertrag betroffenen Arbeitnehmer. In Wirklichkeit blieb der Beschluss in dem von der Rechtsprechung überraschend neu geschaffenen Quotenrahmen. Mit dem Ziel, dies klarzustellen, wurde dem BAG ein weiteres Klageverfahren aus dieser Aussperrung vorgelegt. Anhand der Zahlen der am Arbeitskampf Beteiligten wurde vorgerechnet, dass die Aussperrung die erlaubte Aussperrungsquote eingehalten hat. Hierauf ging das BAG aber nicht mehr ein. Es begründete diesmal den Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit der Aussperrung mit der lapidaren Feststellung, „die Grenze muss insgesamt dort gezogen werden, wo die legitime Reaktion aufhört“. Auf dieses wenig rühmliche Ende der Aussperrungsarithmetik geht der Autor nicht ein, obwohl die zuletzt zitierte Entscheidung des 1. Senats unter seinem Vorsitz ergangen ist.

Positiv bewertet der Autor die unter seiner Ägide vorgenommene Korrektur der Rechtsprechung zum Warnstreik. Als positiv hebt er hervor, dass nun auch für Warnstreiks wieder das ultima ratio Prinzip gelte. Tatsächlich hat das BAG in der bisher letzten Warnstreikentscheidung die Bedeutung des ultima ratio Prinzips auf Null reduziert:

„Das ultima ratio Prinzip verbietet daher den Arbeitskampf um des Arbeitskampfes und der Demonstration einer Stärke



willen und zu einem Zeitpunkt, zu dem noch nicht einmal der Standpunkt der Gegenseite zur Kenntnis genommen worden ist. Das ultima ratio Prinzip ist damit ein formales Prinzip, das lediglich die Einhaltung von „Minimalanforderungen“ für die Zulässigkeit von Arbeitskampsmaßnahmen voraussetzt. Es ist lediglich mit einer begrenzten Missbrauchskontrolle verbunden“.

Am 21. April 1971 hatte der große Senat noch erklärt: „Jede Arbeitskampsmaßnahme – sei es Streik sei es Ausspernung – darf nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskamps muss also das letzte Mittel (ultima ratio) sein. Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich“.

Von dieser klaren Festlegung hat sich der erste Senat sehr weit entfernt. Insbesondere wird von ihm ein Schlichtungsver-

fahren nicht mehr als notwendig angesehen, obwohl dieses zweifellos deeskalierend wirken würde.

In dem Arbeitskampsleitfaden findet der Leser nicht nur grundsätzliche Ausführungen über die der Rechtsprechung zugrundeliegenden rechtspolitischen Überlegungen, sondern Antworten auf ganz konkrete Einzelfragen, die sich in einem Arbeitskamps ergeben können. Hierzu gehören Feiertagsbezahlung, Streikbruchprämien, Sozialversicherung und Stellung der Betriebsräte während eines Arbeitskamps.

Kissels Werk ist sowohl für den wissenschaftlich Interessierten sowie für den praktisch vom Arbeitskamps Betroffenen und seine Berater eine nahezu unverzichtbare Hilfe.

*Dr. Walter Hesse  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

#### Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

#### Herausgeber und Redaktionsanschrift:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
Budapester Straße 40  
10787 Berlin

Telefon (030) 25 45 91 55

Telefax (030) 25 45 91 66

email: m.bendel@advocati.de

Rechtsanwalt Roland Gross

Christianstr. 27

04105 Leipzig

Telefon (0341) 984 62-0

Fax (0341) 984 62-24

email: leipzig@advo-gross.de;

www.advo-gross.de

und die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DeutschenAnwaltverein (Adresse s. unten)

#### Geschäftsführender Ausschuss:

Dr. Jobst-Hubertus Bauer (Vors.)

Geschäftsstelle:

c/o Dr. Johannes Schipp

Münsterstraße 21

33330 Gütersloh

Telefon (0 52 41) 90 33-0

Telefax (0 52 41) 1 48 59

#### Deutscher Anwaltverein

#### Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

Geschäftsstelle

Dr. Peter Hamacher

Littenstraße 11

10179 Berlin

Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134

Telefax (030) 72 61 52-195

#### Verlag:

Deutscher AnwaltVerlag

Wachsbleiche 7

53111 Bonn

Telefon: (0228) 9 19 11-0

Telefax: (0228) 9 19 11-23

E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

#### Anzeigen

sales friendly Verlagsdienstleistungen

Bettina Roos

Reichsstr. 45-47

53125 Bonn

Telefon: (0228) 9 26 88-35

Telefax: (0228) 9 26 88-36

E-Mail: roos@sales-friendly.de

Gültig ist die Preisliste vom 1.1.2004

#### Lektorat

Anne Krauss

#### Satz

Cicero Computer GmbH, Bonn

#### Druck

Druckhaus Köthen, Köthen

#### Erscheinungsweise

Die AE erscheint vierteljährlich

#### Bezugspreise 2004

Inland € 88,- (zzgl. Versand)

Einzelheft € 23,- (zzgl. Versand)

Alle Preise verstehen sich inkl. Mehrwertsteuer. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 8 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

#### Urheber- und Verlagsrecht

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

#### Manuskripte

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abfindung

- Fälligkeit – 366
- Verjährung – 365

## Abmahnung

- Spesen – 421

## Allgemeine Geschäftsbedingungen

- überraschende Klausel – 388
- unklare Klausel – 388
- Vertragsstrafe – 402
- Widerruf Zulage – 412

## Altersteilzeit

- Aufstockungsbetrag – 482

## Änderungskündigung

- Betriebsratsanhörung – 414
- KW-Vermerk – 415
- Rationalisierungs-TV Deutsche Post – 414
- Vorrang der – 430

## Angebot

- Vertragsentwurf – 367

## Anfechtung

- Arbeitsvertrag wegen Täuschung – 416
- Darlegungs- und Beweislast – 393
- Prozessvergleich – 393

## Annahmeverzug

- anderweitiger Verdienst – 368, 369
- Anfang, Mitwirkungspflicht – 422
- Bemessungszeitraum – 369
- böswilliges Unterlassen – 369
- Erstattungsanspruch – 368
- Überbrückungsgeld – 368
- Urlaubsanspruch – 368

## arbeitnehmerähnliche Person

- Tarifvertrag Deutsche Welle – 483

## Arbeitnehmerstatus

- gewillkürter – durch Vertragsart – 422, 500
- Rechtsweg – siehe dort

## Arbeitskampf

- Streik bei rechtlich zweifelhaftem Ziel – 492

## Arbeitsunfähigkeit

- Beschäftigungsverbot MuSchG – 370

## Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Erschütterung des Beweiswertes – 371

## Arbeitsvertrag

- Anfechtung wegen Täuschung – 415
- Auslegung – 372, 384, 401
- Schriftformklausel – 395, 396

## Arbeitsverweigerung

- berechtigte – 434

## Arbeitszeit

- Arbeitszeitreduzierung – siehe dort
- nach Bedarf – 372
- Darlegungs- und Beweislast – 372
- Jahresarbeitszeit DB AG – 490
- Nebentätigkeit – 432
- vertragliche Festlegung – 385

## Arbeitszeitaufstockung

- Anspruch – 374
- Schadenersatz – 375

## Arbeitszeitkonto

- Verfallfrist – 403
- Vergütung – 403

## Arbeitszeitreduzierung

- Anspruch auf – 373
- Antragsformulierung (gerichtlich) – 373
- Antragstellung (betrieblich) – 377
- einstweilige Verfügung – 373
- Elternzeit – 377
- Erledigung des Teilzeitverlangens – 378
- Verteilung der Arbeitszeit – 376

## Aufhebungsvertrag

- Aufklärungspflicht – 379
- Auslegung – 392
- Betriebsratsanhörung – 463

- Geschäftsgrundlage – 379, 400
- Schriftform – 397

## Auflösungsantrag

- des Arbeitgebers – 435, 436
- Sonderkündigungsschutz – 417

## Auflösungsurteil

- Fälligkeit der Abfindung – 366
- Vollstreckbarkeit – 366

## Auflösende Bedingung

- BAT § 59 – 487
- Sperrzeit – 495

## Ausbildungsverhältnis

- Probezeitkündigung – 438

## Ausgleichsklausel

- Wirkungsbereich – 399

## Auslegung

- des Arbeitsvertrages – 372, 384
- Freistellungsvereinbarung – 392
- Prozessvergleich – 393, 399
- Willenserklärung – 377

## Ausschlussfrist

- Arbeitszeitkonto – 403
- Geltendmachung – 485
- Urlaubsabgeltung – 405, 410
- Wiedereinstellungsanspruch nach TV – 494
- Zinsen – 485

## Außerordentliche Kündigung

- Erben – 422
- gefährliche Handlung – 419
- Interessenabwägung – 423
- Manipulation der Zeiterfassung – 418
- nachträgliche Genehmigung – 420
- Spesen – 421

## Aussetzung

- Aussetzungsverfahren – 503
- Ordnungswidrigkeitsverfahren – 505
- Prüfung der Vorgefährlichkeit – 504

## Auswahlrichtlinien

- Vorliegen und Mitbestimmung – 479

## Berufungsbegründungsfrist

- Verlängerung – 508
- Wiedereinsetzung – 514

## Berufungsfrist

- Urteil ohne Begründung – 507

## Berufungsinstanz

- Klageänderung – 510
- Parteierweiterung – 440, 506

## Beschäftigungsanspruch

- ungekündigtes BR-Mitglied – 411

## Beschäftigungsbrücke

- Auslegung des TV – 489

## Beschäftigungsverbot

- Arbeitsunfähigkeit – 370

## Beschlussverfahren

- einstweilige Verfügung – 448, 449, 458, 461
- Rechtsschutzbedürfnis – 454
- Rechtskraftwirkung – 447

## Betriebliche Altersversorgung

- Anrechnung anderer Versorgung – 394
- Vertrauensschutz – 394
- Widerruf – 380

## Betriebliche Übung

- Dienstbefreiung – 491
- Nettolohnvereinbarung – 390
- Tarifenwendung – 383, 465
- tarifliche Regelung – 491
- Urlaubsübertragung – 384

## Betriebliches Vorschlagswesen

- Bewertungskommission – 473, 498

## Betriebsbedingte Kündigung

- außerordentliche – 427
- KW-Vermerk – 415

- Outsourcing – 427, 429
- Sozialauswahl – 424, 425, 426, 428, 431
- unkündbare Arbeitnehmer – 427
- Vorrang der Änderungskündigung – 430
- unternehmerische Entscheidung – 429
- Betriebsrat**
  - Abwicklungs-/Aufhebungsvertrag – 463
  - Anhörung zur Kündigung – 414, 439, 440, 462, 463
  - Internetseite – 449
  - Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten – siehe dort
  - Rücktritt – 454
  - Schulung – siehe Betriebsratsschulung
  - Tarifvertrag § 3 BetrVG – 459
- Betriebsratsinterne Wahlen**
  - Gesamtbetriebsratswahl – 459
- Betriebsratsmitglied**
  - Anspruch auf Beförderung – 464
  - Beschäftigungsanspruch – 411
  - Rücktritt – 460
- Betriebsratsschulung**
  - einstweilige Verfügung – 461
- Betriebsratswahl**
  - Anfechtung – 448, 449, 450, 451, 452, 454, 457
  - Einsicht in Wahlunterlagen – 453
  - einstweilige Verfügung – 448, 449, 452
  - Geschlechtsquote – 455
  - Nachrücken Ersatzmitglieder – 455
  - verfassungswidrige Geschlechtsquote – 450
  - Wahlanfechtungsverfahren – 449, 454, 456
  - Wahlvorstand – 448, 458
- Betriebsübergang**
  - Begriff – 381, 382, 437
  - Bestimmung des zuständigen Betriebes i. S.d. BRTV – 488
  - Dienstleistungsgewerbe – 381
  - Funktionsnachfolge – 381
  - Insolvenz – 382
  - Personalübernahme – 381
  - Schülerbetreuung – 381
  - Wiedereinstellungsanspruch – 382
- Betriebsvereinbarung**
  - Auswahlrichtlinien – 479
  - Betriebliches Vorschlagswesen – 473
  - Gesamtbetriebsvereinbarung – 475
  - Kündigung – 475
  - Kurzarbeit – 474
  - tarifliche Regelungssperre – 474
- Beweisantritt**
  - Ausforschungsbeweis – 372, 502
- Beweisverwertungsverbot**
  - Videoüberwachung – 418
- Bildungsurlaub**
  - Sprachkurs – 398
- Billiges Ermessen**
  - Erfolgsbeteiligung – 387
- Darlegungs- und Beweislast**
  - Anfechtung – 393
  - Arbeitszeitvereinbarung – 372
  - leidensgerechter Arbeitsplatz – 409
  - Sozialauswahl – 386
  - Überstunden 403
- Dienstplan**
  - außerplanmäßiger Einsatz – 490
- Direktionsrecht**
  - Arbeitsort – 386
  - höherwertigere Tätigkeit – 434
  - Konkretisierung der Tätigkeit – 434
  - vertragswidrige Beschäftigung – 434
- Druckkündigung** – 416
- Eingruppierung**
  - Arbeitsvertrag – 401
  - Warenverteilzentrum – 401
- Einigungsstelle**
  - Einsetzungsverfahren – 476
  - offensichtliche Unzuständigkeit – 476
  - Vergütung des Beisitzers – 477
  - Wirtschaftsausschuss – 476
- Einstweilige Verfügung**
  - Arbeitszeitreduzierung – 373
  - Urlaub – 407
- Weiterbeschäftigungsanspruch – 411
- Erfolgsbeteiligung**
  - Bestimmung der Höhe – 387
- Erfüllung**
  - Nachweis der – 497
- Erledigung des Verfahrens**
  - Kostenentscheidung – 511
- Feststellungsinteresse**
  - Anwendung von Tarifverträgen – 486
- Feststellungsklage**
  - Antragsformulierung – 486
- Freistellung**
  - Vergütungsanspruch – 486
- Geschäftsführer**
  - Rechtsweg – 500
- Gleichbehandlung**
  - Beamte und Angestellte – 391, 394
- Insolvenz**
  - Nachteilsausgleich – 478
  - Urlaubsentgelt – 404
- Insolvenzgeld**
  - Anrechnung von Arbeitgeberzahlungen – 496
- Klageerweiterung**
  - Berufungsinanz – 440, 509
- Klageschrift**
  - Unterschrift – 501
- Kostenentscheidung**
  - Erledigung – 511
- Kostenfestsetzung**
  - Verfahrensregelungen – 513
- Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren**
  - Auswärtiger Prozessbevollmächtigter – 512
  - Reisekosten – 512
- Kündigung**
  - Änderungskündigung – siehe dort
  - Fortsetzung durch Weiterbeschäftigung – 440
  - Massenentlassung – 446
  - siehe u. a. auch betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte-, außerordentliche- u. personenbedingte
- Kündigungserklärung**
  - Bedingung – 437
  - BR-Anhörung – 439, 414, 444
  - Übertragung der Befugnis – 420
  - vereinbarte u. BR-Anhörung – 463
  - Zugang – 443, 444
  - Zurückweisung mangels Vollmacht – 420, 438, 445
  - Zweckverband – 420
- Kündigungsschutzklage**
  - nachträgliche Zulassung – 441, 442, 443
  - Rechtsschutzinteresse – 440
- Kündigungsschutzprozess**
  - Weiterbeschäftigung als Vertragsfortsetzung – 440
- Landesgesetzgeber**
  - arbeitsrechtliche Befugnisse – 486
- Lehrer**
  - Pflichtstundenerhöhung – 484
- Leidensgerechter Arbeitsplatz**
  - Darlegungslast – 409
- Leitender Angestellter**
  - Einstellungsbefugnis – 433
- Massenentlassungsrichtlinie**
  - Auslegung – 446
- Mitarbeitervertretung EDK**
  - Zustimmungsfiktion – 471
- Mitbestimmung des BR in personellen Angelegenheiten**
  - Ausgruppierung – 467
  - Auswahlrichtlinien – 479
  - Eingruppierung – 465, 467
  - Eingruppierungspflicht – 465
- Mitbestimmung des BR in sozialen Angelegenheiten**
  - tarifliche Tauglichkeitsprüfung – 466
- Mutterschutz**
  - Beschäftigungsverbot und Arbeitsunfähigkeit – 370
- Nachteilsausgleich**
  - Insolvenz – 478

**nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage**

- siehe Kündigungsschutzklage

**Nachweisgesetz**

- Schadenersatz – 410

**Nebenabrede**

- Begriff – 491

**Nebentätigkeit**

- Arbeitszeitgesetz – 432

**Nettolohnvereinbarung**

- betriebliche Übung – 390
- Inhalt – 390

**Personalrat**

- Anhörung vor Kündigung – 468
- Dienststellenleiter-Vertretung – 472
- Zustimmung zu befristeten Arbeitsverträgen – 469, 470
- Zustimmungsverweigerung bei Einstellung – 472

**Personenbedingte Kündigung**

- Arbeitszeitgesetzüberschreitung – 432

**Protokollberichtigung**

- Tonträgeraufzeichnung – 506

**Prozessarbeitsverhältnis**

- Schriftformzwang – 440

**Prozesskostenhilfe**

- Klagefristversäumung – 442
- mutwillige Rechtsverfolgung – 447

**Rechtsweg**

- Geschäftsführer mit Arbeitsvertrag – 500

**Schriftform**

- Prozessarbeitsverhältnis – 440

**Schwerbehinderte**

- Klage auf leidensgerechte Beschäftigung – 409
- Schadenersatzanspruch wegen Nichteinstellung – 499

**Sonderurlaub**

- BAT § 50 Abs. 2 – 493

**Sozialauswahl**

- Darlegungs- und Beweislast – 386
- freier Arbeitsplatz – 375
- Grundsätze – 428
- Punkteschema – 428
- unterlassene – 424
- vergleichbare Arbeitnehmer – 375, 386, 424, 425, 426, 431

**Sozialplan**

- Gleichbehandlung – 481
- Höchstbetragsregeln – 481
- Stichtagsregeln – 481
- Zumutbarkeitsregeln – 480

**Streitwert**

- Änderungskündigungsschutzklage – 515
- Arbeitszeitaufstockung – 416
- Beschäftigung – 517
- Beschlussverfahren – siehe dort
- Haupt- und Hilfsantrag – 519, 520
- Kündigungsschutzverfahren – siehe dort
- Vergleichs- und Hilfsantrag – 519, 520

**Streitwerte im Beschlussverfahren**

- Freistellung eine Wahlvorstandsmitglied – 522

**Streitwerte im Kündigungsschutzverfahren**

- Freistellungsvereinbarung – 521
- uneigentlicher Hilfsantrag – 518

**Streitwertfestsetzung**

- Beschwerde – 523
- Kosten im Beschlussverfahren – 523

**Tariffbindung**

- Abweichung durch Prozessvergleich – 400
- Bezugnahme auf Tarifvertrag – 388

**Tarifliche Schlichtungsstelle**

- Befugnisse – 492

**Tarifvertrag**

- einzelvertragliche Einbeziehung – 388

**Teilzeitarbeitnehmer**

- Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung – 374, 375
- Arbeitszeitreduzierung – siehe dort

**Trainee**

- zuständiger Betriebsrat – 462

**Treu und Glauben**

- Berufung auf Formmängel – 395, 396, 397

**Überstunden**

- Arbeitszeitkonto – 403
- Schlüssigkeit der Zahlungsklage – 403

**Urlaubsabgeltung**

- Altersteilzeit – 406
- Verfallfrist – 405, 410

**Urlaubsanspruch**

- Kürzung im 1. Halbjahr – 407
- Übertragungszeitraum – 384

**Urlaubsentgelt**

- Insolvenzrang – 404

**Vergleich**

- Auslegung – 399
- Geschäftsgrundlage – 400
- Verzicht auf Tarifansprüche – 400

**Vergütungshöhe**

- betriebliche Übung – 383
- Erfolgsbeteiligung – 387

**Vergütungsverzicht**

- Anforderungen – 393

**Verhaltensbedingte Kündigung**

- Beleidigung – 435
- Betriebsfrieden – 436
- e-mails – 435
- Interessenabwägung – 423
- rechtsradikale Äußerungen – 436
- Spesen – 421

**Verjährung**

- Abfindung – 365
- Vorstellungskosten – 399

**Vertragsentwurf**

- Angebot – 367

**Vertragsstrafe**

- unangemessene – 402

**Vertrauensschutz**

- Rückwirkung – 394

**Vertretungsmacht**

- gegenüber Betriebsrat – 439

**Verwertungsverbot**

- Videoüberwachung – 418

**Verwirkung**

- sonstige Rechte – 378, 395, 396, 397

**Verzugsschaden**

- Zinshöhe – 389, 486

**Videoüberwachung**

- Verwertbarkeit – 418

**Wahlen**

- betriebsratsinterne – siehe dort

**Wiedereinsetzung**

- Zustellung Sonnabends – 514

**Wiedereinstellungsanspruch**

- RTV-Maler – 494

**Willenserklärung**

- Auslegung – 377

**Zeugnis**

- Erlöschen des Anspruchs – 413
- Wirkung des Wahlrechts – 413

**Zinsen**

- Höhe – 486